الدكتور
حمدى عبد الرحمن
استاذ القانون المدنى
رئيس قسم القانون المدنى بحقوق عين شمس
وعميد حقوق المنوفية سابقا
المحامى بالنقض ومجلس الدولة

الوسيـــــط
فى النظرية العامة للالتزامات
الكتاب الأول
المصادر الارادية للالتزام
العقد والارادة المنفردة

الطبعة الأولى
١٩٩٩
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت– القاهرة

إهداء

إلى ذكرى والديّ

تغمدهما الله بواسع رحمته



الباب التمهيدى

تعريف الالتزام، صوره، والعوامل المؤثرة فيه

يعتبر القانون المدنى عمدة القوانين جميعا، فهو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط المختلفة التى تنشأ بين اشخاص الحياة الاجتماعية بكافة صورها. فهو ينظم الروابط ذات الطابع المالى، وهى تلك التى تنشأ بين الاشخاص وتصب آثارها في الذمة المالية سواء فى جانبها السلبى (الالتزامات) أو فى جانبها الإيجابى (الحقوق). كما أن هذا القانون ينظم أيضا روابط الاحوال الشخصية التى تنشأ عن رابطة الزواج وما يرتبط به من علائق أسرية تحدث آثارها فى المراكز القانونية للاشخاص وترتب فى حقهم حقوقا والتزامات تتسم بطابع غير مالى فى جوهرها، وأن كانت ترتب بعض الآثار المالية فيما بين أطراف العلاقة الاسرية (كالميراث والتزامات النفقة..).

والاصل أن يضم القانون المدنى بين دفتيه جميع القواعد التى تنظم روابط الاشخاص بنوعيها السالفى الذكر، أى تلك المتعلقة بالروابط المالية، أو تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو ما انتهجته بعض التشريعات الأجنبية مثل القانون المدنى الفرنسى. إلا أن القانون المدنى المصرى، ولاسباب تاريخية، اقتصر على تنظيم الروابط المالية، دون روابط الاحوال الشخصية. فقد بقيت هذه الاخيرة خارج نطاق القانون المدنى، تنظمها قوانين خاصة، بالاضافة إلى أحكام ومبادئ الشريعة الاسلامية.

وعلى هذا النحو السابق يضحى القانون المدنى المصرى قانونا يحكم الأحوال العينية، وبالتالى ترتبط أحكامه بالذمة المالية، بمفهومها الفنى، ارتباطا

وثيقاً. والأحوال العينية تنصرف الى نطاقين اساسيين: النطاق الأول هو نطاق الاموال، والثانى هو نطاق الالتزامات. وهما، معا، لا يخرجا عن أن يكونا محتوى الذمة المالية تماما. ولان الذمة المالية تجمعهما معا، فى اطار مبادئ أساسية واحدة، فان ابسط تعريف لها يقوم على انها مجموع الاموال والالتزامات الخاصة بشخص معين، والتى تكون وحدة قانونية، أو كلا قانونيا، يرتبط فيه الجانب الايجابى فى الذمة بالجانب السلبى فيها. وهو ما يجد صداه فيما قررته المادة ٢٣٤ من القانون المدنى المصرى حين قررت : «(١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» «(٢) وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون».

وإذا عدنا إلى شمولية تعبير الأحوال العينية، فى الحديث عن عموم القانون المدنى؛ فإن هذا التعبير يطوى تحت مظلته بالتالى الأموال والالتزامات. وقد خُصص القسم الأول من القانون المدنى للالتزامات أو الحقوق الشخصية (المواد ٨٩ وما بعدها)، ثم خُصص القسم الثانى للحقوق العينية (المواد ١٩٣ وما بعدها).

وتنصرف دراستنا فى هذا المؤلف إلى نظرية الالتزامات حيث نخصص هذا الكتاب لتعريف الالتزام ودراسة مصادره المختلفة.

وإذا كان القانون المدنى هو عمدة القوانين، فإن نظرية الالتزام تعتبر العمود الفقرى للقانون المدنى، بل هى عماد النظرية العامة للروابط القانونية بصفة عامة. وهذا القول هو تقرير لحقيقة ملموسة عمليا، فالاشخاص يدخلون فى علاقات وروابط لا حصر لها منذ ميلادهم وحتى يستوفون آجالهم. وتنظيم هذه الروابط هو جوهر إهتمام القانون المدنى، وعلى الاخص

نظرية الالتزام. وينطبق هذا القول على الروابط القانونية، وبالأخص ما تمثل منها فى روابط مالية، ففى جميع الحالات تؤول هذه الروابط إلى حقوق والتزامات متبادلة بين أفراد المجتمع واشخاصه. ولذات السبب فإن نظرية الالتزام تحدد المصادر التى تنشأ عنها الالتزامات بين الاشخاص سواء كانت مصادر عقدية أو مصادر غير عقدية، كما تفّصل أحكام الالتزام فى مسيرة حياته ثم فى انقضائه. ولم تقف أهمية نظرية الالتزام عند حدود القانون الخاص بل تجاوزت هذه الحدود ليتخذ منها فقه القانون العام، وكذلك القانون الدولى، سنداً لكثير من نظرياته وتطبيقاته.

لذلك لم يكن غريباً، فى ضوء الأهمية السالف ذكرها، أن تكون نظرية الالتزامات هى أهم ما يعكس العوامل المختلفة المؤثرة فى تطور النظم القانونية، ومنها العوامل الاخلاقية، والعوامل الاجتماعية، والعوامل السياسية، ثم العوامل الاقتصادية.

الفصل الأول

تعريف الالتزام، وخصائصه

يعرف الالتـزام بأنه رابطة قانونيـة بين شخـصين تخول لاحـداهما، وهو الدائن، أن يقتـضى من الآخر، وهو المدين، أداء مـالياً معـيناً. وقد يتـمثل هذا الأداء المالى فى التزام المدين بإعطاء، أو بأداء عمل، أو بالامتناع عن أداء عمل (الالتزام بعدم المنافسة مثلاً). وتقـوم فكرة الالتزام، وفق تعريفها السابق، على مفترض مبدئى وعدة خصائص :

والمفترض المبدئى هو شرط أن يكون **الأداء ممكناً**، أى غير مستحيل. وقد نصت المادة ١٣٢ من القـانون المدنى المصرى صـراحة على انه "اذا كـان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العـقد باطلاً". وهو مفترض يتفق مع المبدأ العام الذى يقـرر ان "**لا تكليف بمستحيل**". والاستـحالة المذكورة تحول دون مـيلاد الالتـزام أصلاً، إذا كـانت استـحالة مـبتـدأة، يستـوى فى ذلك أن تعـود هذه الاستـحالة إلى استحـالة محل الالتزام عند انعـقاد التصـرف، أو أن تعود إلى استـحالة تتعلق بشـرط وجوده أو نشأتـه، فإذا علق وجود الالتـزام على شرط مستحيل أصبح من المقطوع به مقدماً أن الالتزام لن ينشأ مستقبلاً. ويلاحظ أنه إذا تحقـقت الاستحـالة عند نشأة التصـرف القانونى الذى يُنشئ الإلتـزام، فإن هذا الأخير لا تقوم له قائمة حتى ولو زالت الاستحالة فى وقت لاحق، فزوال الاستحالة لا يمحو البطلان المطلق الذى تعلق بالالتزام عند ميلاده.

أما إذا كانت الاستحالة طارئة، بعـد نشوء الالتزام، فإن الالتزام يكون قد ولد صحـيحـاً، ولكن الاستـحالة الطارئة تؤدى إلى انـقضائه، وذلك لـسبب منطقى أنه لا يتصور تنفـيذ التزام صار مسـتحيلاً، فالتزام الـبائع بتسليم الشئ

المبيع ينقضى بهلاك هذا الشئ، بل أن هذه الاستحالة لا ترتب تعويضاً للدائن إذا كانت راجعة إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبى لا يد للمدين فيه.

والاستحالة، ذات الأثر السابق، هى الاستحالة التى لايستطيع المدين دفعها. فمجرد تعذر التنفيذ، أو إرهاقه للمدين، أو صعوبته البالغة، لا تتحقق بها هذه الاستحالة المشار إليها. فمن المتصور عملاً أن يكون تنفيذ الإلتزام مرهقاً، أو محققاً لخسارة فادحة، ولكن ذلك لا يرقى به إلى حد الاستحالة، التى تبطل الالتزام، أو تؤدى إلى انقضائه.

وإلى جانب هذا الشرط البديهى السابق فإن الالتزام بالمعنى القانونى الكامل يتميز بعدة خصائص وهى انه رابطة قانونية.. و،ان له طبيعة مالية، وأنه يقوم بين أشخاص.

أولاً - الالتزام رابطة قانونية:

والمقصود بهذه الخاصية ان المدين يلتزم قانوناً قِبَلَ دائنه بأداء الدين، وقد كان مؤدى هذا الالتزام القانونى فى بعض العصور القديمة (فى روما قبل سنة ٤٢٨ ق.م) إعطاء سلطة مادية على شخص المدين، أقرب إلى سلطة الحق العينى على الأشياء، بما كان يعطى للدائن سلطة وضع المدين فى الأغلال ومعاملته كما لو كان شيئاً أو عبداً، على نحو يستطيع معه أن يبيعه كعبد أو أن يقتله أحياناً. وبالتالى لم تكن فكرة الرابطة بين شخصين قائمة فى هذه العلاقة. ولم تكن المقابلة أيضاً واضحة بين حق عينى يرد على الأشياء ورابطة التزام تقوم بين أشخاص. وفى سنة ٤٢٨ ق.م فى روما صدر قانون Poetelia-Papiria فصل بين حق الدائنين قبل المدين وحق الملكية، على نحو بدأت معه فكرة الالتزام فى الوضوح بشكل مستقل ومختلف عن

الحقوق العينية. ولم يعد الالتزام يسمح للدائن أن يمارس سلطة على شخص المدين، بل يسمح له بسلطة على ذمته فحسب، باعتبار هذه الأخيرة هى الضامنة للوفاء بالديون.

وقد اعتبر هذا التطور نقلة حضارية اقتصر معها مفهوم الالتزام على معنى الرابطة القانونية بين الأشخاص.

وقد ترتب على هذا التطور أن أصبح المفهوم القانونى لرابطة الالتزام يسمح للدائن أن يلجأ لـلسلطة العامة لجبر المدين على الوفاء، سواء كان هذا الوفاء تنفيذاً عينياً مباشراً أو بطريق الحجز على أموال المدين وبيعها جبراً عنه وفاء لما عليه من ديون. وانطلاقاً من هذا المفهوم بدأ الفقه خاصة الفقه الألمانى يحلل رابطة الالتزام إلى عنصرين هما عنصر المديونية Schuld وهو يعنى الواجب القانونى الذى يقع على كاهل المدين ويفرض عليه تنفيذ التزامه. والعنصر الثانى هو عنصر المسئولية Haftung والذى يعنى جبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به اختياراً. ونعرض للعنصرين فيما يلى :

العنصر الأول وهو المديونية: فهى تمثل ذلك الواجب القانونى الملقى على عاتق المدين بأن يؤدى عملاً أو أن يمتنع عن عمل لمصلحة الدائن. وقد كانت المادة ١٢١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى توضح هذا المعنى حين تعرف الالتزام بأنه "حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل". وقد حذف هذا النص تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان وحتى لا يكون فى هذا التعريف قطع برأى فى مسألة من الخلاف فى الفقه الحديث غير قليل.. وهو الخلاف حول المذهب الشخصى والمذهب المادى فى الإلتزام(١). ولكن يبقى فى التعريف إشارته إلى

(١) راجع : السنهورى، الجزء الأول من الوسيط، رقم ٣.

العنصر الجوهرى الأول للإلتزام، وهو ما لا خلاف عليه، وهو عنصر المديونية أو الواجب القانونى. وهذا العنصر هو جوهر الالتزام، إذ لا يتصور القول بوجود الالتزام قانوناً بغير أن تتضمن الرابطة بين شخصين معنى الواجب أو المديونية، بل ان كلمة الالتزام لا تستقيم حتى لغوياً بغير هذا المضمون المحدد. وبالتالى فركن المديونية هو ضرورة منطقية وقانونية ولغوية.

غير أن الواجب الذى يتضمن الالتزام الكامل، بالمعنى المقصود فى القانون المدنى، هو واجب محدد، على عاتق مدين أو مدينين محددين، ويتمثل كما سبق القول فى القيام بنقل حق عينى، أو فى القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، لصالح المدين. وعلى هذا النحو يتخذ الإلتزام معنى ضيقاً نسبياً. فالحياة الاجتماعية، بعلاقاتها المتشعبة، حافلة بالواجبات الأخرى التى لاتدخل فى نطاق الالتزام المدنى كواجبات حسن اللياقة، أو واجبات المجاملات، أو الواجبات الدينية البحتة. لذلك يبدو صحيحاً أن فكرة "ما يتعين على المرء لياقة أن يقوم به عموماً هى أرحب نطاقاً من فكرة "الواجب" فى مفهومها العام أيضاً، وأن فكرة الواجب، فى هذا المفهوم العام، أكثر اتساعاً من فكرة الالتزام. فالالتزام يتضمن واجباً، ولكن وفق مفهوم محدد وضيق نسبياً[1]. فكل التزام يتضمن واجباً، ولكن ليس كل واجب يحتوى التزاما بالمعنى القانونى. ولذلك فمن الطبيعى مع تطور الحياة الاجتماعية بمضامينها المختلفة، أن ترقى بعض الواجبات الاجتماعية أو الأخلاقية أحياناً إلى مرتبة قانونية معينة، باستقرارها فى دائرة القانون، على نحو أو آخر، كأن يرتقى القانون بواجب مساعدة الغير أخلاقياً إلى مرتبة الالتزام بالمساعدة، بفرض جزاء محدد على من يقعد عن الوفاء به.

---

(١) راجع : ديمولب، الجزء ٢٤، رقم ٤ وما بعدها، وكاربونيه، القانون المدنى، الالتزامات، رقم ٣.

أما العنصر الثانى فهو عنصر المسئولية: ومفاده وجود جـزاء توقعه الدولة بواسطة أجهـزتها ومحاكـمها المختلفة على من يتخلف عن الوفـاء بالالتزام، وعلى هذا النحـو تظهـر التـفـرقة واضـحـة، من ناحـيـة، بين الالتـزام بالمعنى القانونى الكامل وبـين غيـره من الواجبـات الأخرى الأخلاقية أو الاجتـماعية أو الدينية. ومن ناحـية أخرى فـإن بعض الواجبات القانونـية قد تفقـد عنصر المسئـولية وتبقى حاملة لمضـمون المديونية بمعنى وجـوب الأداء المالى لمصلحة مدين محدد. وتمثل هذه الحالة ما **يسمى بالالتزام الطبيعى**.

- فالالتزام الطـبيعى، هو التزام تضـمن مـديونية، ولكنه افتقـر إلى عنصر المسـئوليـة، بمعنى أن على المدين واجبـاً أن يؤدى مـا التـزم به، ولكن النظام القانونى لايخول الـدائن سلطة إجباره على الوفاء، ومن هنا كـان معنى القول بأن الالتزام الطبيعى يتضمن عنصر المديونية دون عنصر المسئولية[١].

ثانياً - الالتزام رابطة ذات طبيعة مالية:

ومـعنى ذلك ان محـل الأداء الذى يلتزم به المديـن يمثل قيـمـة ماليـة يتم تقويمها بالنقود. وهذه الحقـيقة تعكس معنيين. **المعنى الأول** ان الالتـزام بحكم تعريفه وخاصيته المالية، يدخل عنصراً فى الذمة المالية، فهو يعكس قيمة سلبية فى ذمة المدين، ويعبر عن قيمة إيجابية فى ذمة الدائن، وفى الحالتين يقّوم بقيمة نقدية. **المعنى الثانى**، ان هذه الخـاصـيـة هى التى تفـارق بين الحـقـوق الماليـة والحقـوق غير الماليـة. والأولى تدخل فى الذمة والثـانية لا تدخل إليـها. ومن أمثلة الحـقوق غير المالية الحـقوق اللصـيقة بـالشخصـية، كالحـق فى الشرف

---

(١) راجع فى هذا المعنى حكم النقض الفرنسى مـدنى فى ١٤ فـبراير ١٩٧٨ مـنشور فى بلتـان المـدنى - ١- رقم ٥٩ ص ٥٠ من أن الالتزام الطبـيعى الـذى لم يتحـول إلـى التـزام مدنى لا يمكن أن يكون مجالاً للتنفيذ الجبرى.

والاعتبار والخصوصية والحرية، وكذلك الحقوق الأسرية. فهذه الحقوق الأخيرة تخرج عن نطاق فكرة الالتزام المدنى بالمعنى الذى نعرض له. ومع ذلك لابد أن نلاحظ أن هناك قدراً من الأثار المالية للحقوق والالتزامات غير المالية. فانتفاء الوصف المالى لا يعنى الغياب المطلق للآثار المالية. فالاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية قد يؤدى إلى نشأة التزام بالتعويض على عاتق المعتدى لمصلحة المعتدى عليه، إذا توافرت شروط المسئولية المدنية، وفى نطاق الالتزامات الأسرية تؤدى رابطة القرابة إلى التزام مالى بالنفقة.

ثالثاً - الالتزام رابطة بين أشخاص:

يقوم تعريف الالتزام على أساس انه رابطة بين شخصين أو أكثر، فهو يؤدى إلى توافر مكنة قانونية للدائن أن يقتضى من المدين عطاءً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل. وبالتالى تختفى فيه فكرة السلطة المباشرة على الأشخاص أو على الأشياء. ويتميز الالتزام. وبالتالى الحق الشخصى، من هذه الزاوية، عن الحق العينى. فهذا الأخير يمثل سلطة مباشرة لصاحبه على شئ معين. وقد أشرنا سلفاً إلى أن هذه التفرقة قد تأكدت بوضوح تام بعد أن تخلصت المفاهيم القانونية من أى أثر للسلطة التى كان يملكها الدائن على شخص المدين فى بعض الأنظمة القديمة. ولم يعد للدائن فى الوقت الحالى سوى ضمان عام على مجمل ذمة مدينه المالية. وهو ضمان لا يميز بين دائن وآخر، كما أنه لا يمنع المدين، من حيث المبدأ من حرية التصرف فى مفردات هذه الذمة، مادام ان أجل الالتزام لم يحل بعد، ومادام ان الدائن لم يتخذ أى اجراء تحفظى يسمح له به القانون. لذلك يقال ان هذا الضمان العام يرد على الذمة المالية إجمالاً وليس على مفرادتها كل على حدة. كما ان مؤدى حرية المدين فى التصرف فى أمواله ان الدائن ليس باستطاعته أن يتخذ أى اجراء على أى

مـال من أمواله إلا عن طريق السلـطة القضـائية، ووفـقاً لإجـراءات محـددة ينظمها قانون المرافعات، وهو لا يمارس هذه الإجراءات إلا على الأموال التى يتصادف وجودها عند الحجز على أموال المدين.

ومؤدى ما سـبق أن مفهوم الرابطة الشخـصية مقصـور ابتداء على سلطة اقتضاء تنفـيذ الالتزام، وبالتالى فإن الدائن العادى ليس له سـلطة مباشرة على شـخص المدين، بل وليس له أيضاً وابـتداء سلطة مـباشـرة على أى مفـرد من مفردات الذمـة المالية. وهذه الأخيرة لا تتأتـى إلا عن طريق اتخاذ الإجراءات القضـائية للحـجز والتنفـيذ. وهذه الإجـراءات هى سبيل الدائـن إلى تحريك عنصر المسئولية، أى الإجبار ضد مـدينه، متمثلة فى الوصول إلى حجز أمواله ثم بيـعـها للـوفاء بالالتـزام من حـصـيلة البـيع. وحـاصل كل ذلك أن رابطة الالتـزام، كرابطـة اقتـضـاء قانونى بين شـخـصين، لا تخل بحـرية المدين فى التصرف فى أمواله، قـبل الحجز عليها. فقبل توقيع هذا الحـجز للمدين حرية التصـرف. وليس لأى دائن حق تتبع الأمـوال التى تخرج من ذمتـه. فمفـهوم الالتزام مـقصـور على الرابطة الشـخصيـة، ولا يمثل أى رابطة عـينية (خـلافاً للحق العينى الذى يعطى لصاحبه حق تتبع الشئ تحت أى يد يذهب إليها).

ومن ناحية أخرى فإن الدائنين، فى إطار مـفهوم رابطة الالتزام، يتساوون أمام الضـمان العـام، فليس لأحدهم أفـضلية على غـيره، وعند عــدم كـفاية أموال المدين لسـداد كل الديون، فإن الدائنين يقـتسمـونها فيـما بينهم قـسـمة الغرماء[1].

---

(١) وذلك خلافاً لصاحب الحق العينى التبعى (الرهن - الاختصاص - الامتياز) الذى يعطى له القانون سلطتى التتبع والأفضلية.

تأثير الطابع الشخصى للالتزام على بعض المفاهيم القانونية :

تتمثل آثار الطابع الشخصى فى إثنتين :

١ - مبدأ نسبية أثر العقد : يعبر مبدأ نسبية أثر العقد عن أحد المظاهر الهامة للطابع الشخصى للالتـزام. فهذا المبدأ يعنى ان العقد لا ينتج أثـره إلا فيما بين أطرافه، فهو لا يتعـداهم إلى الغير. فالعقد لا ينشئ حقـوقاً إلا لأطرافه، ؛كما انه لا يحـمِّل غيـرهم بما يترتب عليـه من التزامـات. فالدائن وحـده هو الذى يملك اقتضـاء تنفيذ الالتزام، والمدين وحـده هو المسئول عن هذا التنفـيذ، وقد ركزت بعض الـتشريعـات على الطابع الشخـصى للالتزام فلم تجـز - نتيـجة لذلك - حوالة الديـن. وهو نزول على النزعة الشخـصية فـى نظرية الإلتزام. ومن هذه القوانين القـانون الفرنسى والقانون المصـرى القديم. (وعلى عكس ذلك جرت القوانين التى رجحت النظرية المادية للالتـزام كالقانون السويسرى والقانون الألمانى والشريعة الإسلامية).

وعلى أية حـال فإن الـطابع الشخـصى يعنى أيضـاً أن الرابطة تقـوم بين الدائن ومدين معين أو مدينين معينين. وفى هذا المظهر يختلف الحق الشخصى (القائم على رابطة الالتزام)، عن الحق العينى. فهـذا الأخير يمثل سلطة مباشرة على الشئ، وهذه السلطة لا تقوم فى مواجهة مدين محدد، بل هى سلطة على الشئ تنفذ فى مواجهة الكافة.

٢ - الالتزامات لا تقع تحت حصر : ترتب على الطابع الشخصى للارتباط بين الدائن والمدين، ان هذا الارتبـاط قـائم على حـرية الإرادة وحـرية الاخـتيـار، فالإنسان حـر فى أن يتعاقد، وأن يلتزم بالتـالى، فى إطار مبدأ سلطان الإرادة. والمبدأ فى هذا المقام ان للإرادة أن تنشئ ما تشـاء من التزامات، ولا يحدها فى

هذا الصـدد، سوى قيـود النظام العـام والآداب العامـة. أما الحقـوق العينـية، فلانها ترد على الأشياء، فإن نطاق صورهـا محدد من جانب القانون. فالمشرع وحده، ولـيس الإرادة، هو الذى يحدد صـور الحقـوق العينيـة، ويُوردها على سبيل الحـصر. وبالتالى لا تستطيع الإرادة أن تخلق نمطاً جـديداً لحق عينى لم يعترف به النظام القانونى.

فكرة الإلتزام وتقسيم الحقوق إلى شخصية وعينية :

نظم القـانون المدنى المصـرى نوعين مـن الحقـوق الماليـة. همـا الحـقـوق الشخصية والحـقوق العينية. وقد بدأ فى بابه التمهـيدى بوضع الأحكام العامة فى القانون ثم عـرض لتقسيم الأشيـاء والأموال من المواد من ١ إلى ٨٨، ثم من ٨٩ حتى ٨٠١ أتبـعها بعـرض لأحكام الحقوق العـينية فى المواد من ٨٠٢ حتى ١١٤٩.

وقد استقرت التفرقة فى الفقه التقليدى بين الحق العينى والحق الشخصى (وهى جميعاً حقوق مالية) فالأول (الحق العينى) هو سلطة لشخص على شئ مـعين، يخول لصـاحـبه أن يمارس هـذه السلطة مبـاشـرة على هذا الشئ دون وساطة أحد. والمثال الواضح للحق العينى هو حق الملكية الذى يخول صاحبه أكثر السلطات اتساعاً وقوة : التصرف والاستغلال والاستعمال.

والحق العينى، على التعـريف السابق، يتمثل فى عنصرين أسـاسيين هما صاحب الحق ومحل الحق.

أما الحق الشخـصى فهو، كمـا سبق القول، رابطة قانونيـة بين شخصين، يخول لأحـدهما وهو الدائـن، أن يقتضى مـن الآخر، وهو المدين، أداء مـالياً

معـين. وقـد يتمـثل هذا الأداء المالى فى التـزام المدين باعطاء، أو بأداء عمل، أو بالامتناع عن أداء عمل (كالالتزام بعدم المنافسة).

والحق الشـخـصى على النحـو السـابـق يتـمثـل فى عناصـر ثلاثة هى : صاحب الحق، وهـو الدائن، ومن يتحمـل الإلتزام المقابل، وهو المـدين، محل الحق وهو الأداء المالى الملقى على عاتق المدين.

وعلى هذا الوصف السـابق فإن الرابطة القـانونية المشـار إليهـا، فى الحق الشخـصى، تعكس جـانباً إيجـابياً من ناحـية الدائن باعـتباره صـاحب الحق، وتعكس على الناحية الأخرى جانباً سلبياً من ناحية المدين باعتباره هو المحمل بالالتزام. ورغم أن حماية الدائـن باعتباره صاحب الحق هى الأكثر اسـتهدافاً من الناحية القـانونية، أى من حيث الحماية القانونيـة، إلا أن الشائع هو دراسة هذه الرابطة بشقيها تحت مـسمى نظرية الإلتزام، أى غلبة المسمى الذى يعكس الجـانب السـلبى (المديونيـة) على المسـمى الـذى يعكس الجـانب الإيـجـابى (الدائنية). ونعتقد أن ذلك يرجع إلى أن الحق الشخصى فى جانبه الإيجابى لا يثـير مـشـاكل تذكر وهو فى حـالة السكون، وقـبل المطالبـة به. أما إذا تحـرك صـاحبـه ودفع به إلى حالة الحـركة والمطـالبة، فـقد تثـار فى وجهـه كثـرة من المشكلات تتعلق بثـبوت الالتزام فى ذمـة المدين، مدى بقائه، مدى انتـقاله من شخص لآخـر ومدى مـا لحق به من أوصاف، وربما كـانت تلك هى أسـباب شيـوع تعبـير نظـرية الالتزام، على تعـبيـر نظرية الحق الشخـصى رغم أنهـما وجهان لعملة واحدة.

- وقـد حاول بعـض الفقـه[1] أن يقـرب الحقـوق العـينيـة من الحقـوق

(١) بلانيول، القانون المدنى، الجزء الأول، رقم ١١٥٩ و ٢١٦٠.

الشخصيـة قولاً بأن هذه الحقوق تمثل جميعـاً روابط بين الأشخاص، بمعنى أن فكرة الرابطة لا يستـقل بها الحق الشخـصى بل تتوافر أيضـاً فى الحق العينى؛ فكل من النوعين يمثل رابطة قـانونية بين شخـصين. فمن ناحيـة أولى لا تقوم الرابطة القانونية إلا بين شخـصين، وبالتالى فلا رابطة بين الشخص والشئ فى الحق العيـنى، إنما حقيـقة الأمـر أن الحق العينى، شـأنه شأن الحق الشـخصى، يتمثل فى رابطة ثلاثية أيضاً تتمثل فى صاحب الحق، ومحل الحق ومن يتحمل عبء الالتزام. غـاية الأمر أن من يتـحمل عبء الحق فى الحق الشـخصى هو مدين محـدد بذاته، أما فى الحق العينى فإن من يتـحمل هذا العبء هم الناس كافة وفق التـزام سلبى يتمثل فى وجوب امتناع الكافة عن التـعرض لصاحب هذا الحق العينى فى ممارسته لسلطات حقه. وحين يعتـدى شخص معين على الحق العـينى فإن المدين الذى أخل بالواجب العـام (الالتزام السلبى) يـضحى محدداً ومعروفاً، وتتحرك ضده الفعالية الجزائية للقانون.

أما ما يقال مـن أن الحق العينى يخول صاحبه سلطة مـباشرة على الشئ، فهو أمـر مردود بأن هذه السلطة المباشـرة تعكسها حيازة الـشئ، وهذه الحيازة كمـا قد تكون لصـاحب الحق، فإنها قـد تتوافـر للسارق، فكل منهـما يمارس سلطة مبـاشرة على الشئ، والفـارق بين الحالتين هو فى الالتزام الـسلبى العام باحتـرام الحق. هذا الالتزام، الذى يقع على الكافة، يلزم الناس باحـترام الحق لصاحـبه، ولكنه لا يتـوافر فى مـواجهـة السارق الذى لا يلتـزم أحد باحـترام حيازته. وبالتالى فإن الجوهرى فى مضـمون الحماية القانونية للحق ليست فى حيـازتة واستعمـاله مجردة، وإنما تتـمثل طبيعـة الحق الأساسيـة فيما يفـرضه القـانون على الكافـة من احتـرام مكنات صـاحب الحق، أى أن طبـيعـة الحق العينى تكمن فى ما يربط صاحب الحق من علاقات مع غيره من الأشخاص.

- غير أن **تلك المحاولة السابقة** للتقريب بين الحق العينى والحق الشخصى لم تلق رواجاً كافياً فى الفقه وقد **صادفت اعتراضات عدة** :

- فمن ناحية أولى فإن أحداً لم يقل بأن الحق العينى رابطة بين شخص وشئ، حتى يقال ان الرابطة لا تقوم إلا بين أشخاص. فالصحيح أن الحق العينى هو سلطة لشخص على شئ معين، أما ما يقع على الكافة من واجب احترام الحق العينى فهو ليس التزاماً محدداً على عاتق شخص محدد، إنما هو فى الحقيقة ترجمة لواجب عام يقع على الكافة باحترام حقوق الغير، سواء كانت هذه الحقوق حقوقاً عينية أو حتى حقوقاً شخصية. فهذا الواجب العام يوجد بالنسبة للحق الشخصى مضافاً إلى رابطة الالتزام المحددة بين الدائن والمدين، فلو أن شخصين ارتبطا برابطة حق شخصى، تمثلت فى التزام بعدم المنافسة من جانب أحدهما لصالح الطرف الآخر، فإن على عاتق الكافة واجب عام باحترام هذه الرابطة. فلو أن شخصاً من الغير حرض المدين على الإخلال بالتزامه بعدم المنافسة فإنه يقع تحت طائلة المسئولية القانونية لإخلاله بالواجب العام.

وعلى هذا النحو فإن الواجب العام قائم بالنسبة لنوعى الحقوق : العينية والشخصية، ولكن الحق الشخصى يتميز، فضلاً عن الواجب العام، بوجود التزام محدد على عاتق مدين معين ولا يستقيم الحق الشخصى بغير هذا الالتزام، الذى يظهر كعنصر فى الجانب السلبى لذمة المدين (وهى نتيجة لا تتوافر فى الواجب العام).

- وإلى جانب هذه النظرية السابقة **ظهرت نظرية أخرى** تحاول أن تقرب الحق الشخصى من الحق العينى. وتستند هذه النظرية الثانية (الفقيه الفرنسى "سالى") على أساس أن العنصر الأهم فى الحقوق جميعاً هو محل الحق

وليس أطرافه. فالجوهرى فى أى حق من الحقوق المالية هو أن محله أداء (حق شخصى) أو شيئاً معيناً (حق عينى). ويترتب على منطق هذه النظرية أن كلا من الحقين يظهر كعنصر مالى من عناصر الذمة الملية لصاحبه، فضلاً عن أن كلاً منهما ترد عليه كافة التصرفات القانونية، كالبيع والرهن والهبة وغيرها. وحين ينظر إلى الحق باعتباره قيمة مالية، على هذا النحو، فإنه يبدو كقيمة مالية أكثر منه كعلاقة شخصية. ويحقق هذا الاتجاه عند أنصاره فائدة واضحة على مستوى المعاملات المالية، إذ يؤدى منطقه إلى سرعة تداول الأموال وانتقالها (عن طريق التقليل من الطابع الشخصى).

تعقيب:

- لم يكن من شأن المحاولتين السابقتين هدم التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى. ذلك أن بينهما فارقاً يمثل حقيقة فعلية وقانونية لا يمكن إنكارها، وهى أن الحق العينى يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشئ يمارسها دون وساطة من أحد، فى حين أن الحق الشخصى هو رابطة مديونية قوامها ما يقتضيه الدائن من مدينه من أداء. والدائن لا يحصل على هذا الأداء إلا من خلال نشاط مدينه من حيث الأصل، بل ان شخصية هذا المدين قد تكون محلاً لاعتبار هام فى رابطة المديونية على نحو لا يستقيم الأداء - كما هو مقصود بين الطرفين - إلا من خلال نشاط مدين معين بذاته، كفنان موهوب، أو طبيب مشهود له بالكفاءة، أو مغن ذائع الصيت. ففى مثل هذه الفروض الأخيرة تكون شخصية المدين محلاً للاعتبار بين طرفى التعاقد.

يضاف إلى ما سبق أن هناك عدة نتائج قانونية تعكس أهمية التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى. ومن أهم هذه النتائج ما يرتبط بتعريف كل من الحقين. وينبنى على منطق هذا التعريف :

- **فالحق العينى** باعتبـاره سلطة لشخص على شئ يفتـرض ابتداء وجود هذا الشئ، باعتـباره محـلاً للحق، عند التعـاقد. فإذا كـان الشئ غير مـوجود وممكن الوجود مستـقبلاً فلن يقوم الحق العينى إلا عند وجـود الشئ فعلاً. أما قبل ذلك فلا يتولد عن الاتـفاق سوى مجرد حقوق شـخصية. وبذات المنطق يفترض الحق العينى، فضلاً عن وجود الشئ، أن يكون هذا الشئ معيناً بالذات وليس بالنوع. فإن كان معيناً بالنوع كانت العلاقة بين الطرفين (كما فى البيع) عـلاقـة حق شـخـصى تفـرض على المـدين أن يقـوم بأداء عـمل هو الافـراز والتسليم.

يضاف إلى ما سبق أن صفة العينية فى الحق العينى، تعطى لصاحب الحق سلطتين لا وجـود لـهـمـا فى الحق الشـخـصى وهمـا سلطة التـتـبع وسلطة الأفضلية.

كما أن الأصل فى الحقوق الشخصية التأقيت، أما الحقوق الـعينية فمنها ما هو مـؤبد من حيث الأصل، كـحق الملكية وحق الارتفـاق، طالما ظل الشئ قائماً.

وأخيراً فإن الحقوق العينية الأصلية وبعض الحقوق العينية التبعية (الرهن الحيازى) ترد عليهـا الحيازة. وبالتالى يجوز أن تكتسب بالحيـازة والتقادم. أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها الحيازة من حيث الأصل، وبالتالى لا تكتسب بالحيازة أو بالـتقادم (فيمـا عدا الثابت فى سند لحامله، إذ يأخـذ حكم المنقول المادى فيجوز اكتسابه بالحيازة إذا اقترنت بالسند الصحيـح وحسن النية وفقاً للمادة ٩٧٦ مدنى).

- وحاصل كل ذلك أن التفرقـة بين الحقوق العينية والحقوق الشـخصية مازالت بناء راسخاً فى القانون المدنى.

الفصل الثانى

صور الالتزام

أولاً - الالتزام المدنى والالتزام الطبيعى :

أشرنا فيما سبق عند التعرض لعناصر الالتزام المدنى أن ما يميز الالتزام الطبيعى عن الواجبات الأخلاقية أو الدينية أو واجبات المجاملة، ان هذه الأخيرة يؤديها الشخص إما على سبيل الإحسان، أو التبرع، أو اللياقة، أو إحساساً بالواجب الدينى. أما الالتزام الطبيعى، فإنه يتضمن مديونية قائمة فى ذمة المدين وان كان لا يجبر على الوفاء بها. ولكنه إذا أوفى بها لا يعد متبرعاً، ولا يخضع وفاءه بالتالى لأحكام التبرعات شكلاً أو موضوعاً، فضلاً عن أن وفاؤه يعد وفاء بدين فى ذمته، ولا يستطيع أن يسترد ما وفاه بحجة استرداد ما دفع بغير وجه حق[١].

ومفهوم الالتزام الطبيعى، على النحو السابق، هو من تراث القانون الرومانى، ويذهب بعض الباحثين إلى أنه خلق رومانى قصد به تحسين أوضاع الرقيق من الناحية القانونية. فالرقيق لم يكن معترفاً له بشخصية قانونية، وبالتالى لم يكن باستطاعته أن يبرم عقوداً أو أن يتحمل بالتزامات وفقاً للقانون المدنى. فكان المخرج الذى تم التوصل إليه هو القول بأن بإمكانه أن يلتزم وفقاً للقانون الطبيعى، وأن يكون التزامه أيضاً التزاماً طبيعياً بالمعنى السالف ذكره، أى أنه إذا أوفى كان الوفاء صحيحاً، ومتجرداً عن معنى التبرع، لأنه وفاء بمديونية حقيقية (وإن كانت مجردة عن المسئولية). وقد قيل ان هناك مصدر آخر للالتزام الطبيعى عند الرومان هو التحايل على الشكلية

(١) راجع : ثروت حبيب، الالتزام الطبيعى، حالاته وآثاره، ١٩٦١.

المفرطة التي كانت سائدة في هذا القانون. فمجرد التراضي لم يكن كافياً لنشأة الالتزام، في مفهوم القانون المدني، إذا لم يوضع هذا التراضي في الشكليات القانونية المطلوبة، ولكن هذا التراضي كان كافياً لإنشاء التزام طبيعي. ثم تطور الأمر ليشمل حالات أخرى دون أن يشمل الحالات جميعاً نسق نظري واحد. ثم تطور الأمر في بعض القوانين المعاصرة ليشمل حالات مستحدثة، كالالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن التزام مدني سقط بالتقادم.

غير أن وجهات النظر قد اختلفت في الفقه الفرنسي التقليدي حول نطاق الالتزامات الطبيعية بين مضيق وموسع في حالاتها. والاتجاه المضيق لا يقر وجود الالتزام الطبيعي إلا متخلفاً عن التزام مدني، كما هو الحال في سقوط الالتزام المدني بالتقادم. أما الاتجاه الموسع فيرى أن الالتزام الطبيعي يمكن أن ينتظم بعض الواجبات الأدبية مثل واجب النفقة على عاتق قريب غير ملزم بها قانونا[1].

- وفي مصر يرى الأستاذ السنهوري أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي يدخل في منطقة القانون، فيعترف به القانون إلى مدى بعيد.. هو التنفيذ الاختياري : ولكن لا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري. وهو لا يحتوي من عنصري الالتزام المدني الكامل، المديونية + المسئولية، سوى على العنصر الأول دون الثاني "فالمدين بالتزام طبيعي مدين، لا في

---

(١) راجع ما قضى به في فرنسا من أن الالتزام الطبيعي يوجد في كل حالة يلتزم شخص بأن يدفع مبلغاً من المال ليس بنية التبرع ولكن استجابة لواجب حتمي يمليه الضمير أو الشرف (محكمة كلمار Colmar) ٣٠ ديسمبر ١٩٦٠ دالوز ١٩٦١ ص ٢٠٧. كذلك قضى بوجود التزام طبيعي على عاتق الزوج بتعويض زوجته عن الخسائر التي لحقت بحياتها العائلية نتيجة لخسائره من جراء لعب القمار (نقض مدني فرنسي ٥ أبريل ١٨٩٢، دالوز الدوري ١٨٩٢ - ١ - ٢٣٤).

حكم الضمير فحسب، بل أيضاً فى حكم القانون، ومن هنا فانه إذا أوفى الدين لم يستطع استرداده، لان عنصر المديونية قد توافر فيه. ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار فهذا عنصر المسئولية قد انفصل عنه"(١) ويضيف الفقيه الكبير "ان الالتزام الطبيعى هو واجب أدبى ارتفعت منزلته فى نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً، فهو وسط بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد التزام أدبى، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً" ومن ثم يقف الالتزام الطبيعى فى الحد الفاصل ما بين القانون والأخلاق"(٢) والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التى تمليها الأخلاق والآداب. وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر فى القانون وروابطه، فهذا حد الالتزام الطبيعى فهو باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون(٣) والقاضى هو الذى يحدد الالتزامات الطبيعية، كما هو الذى يحدد النظام العام، مسترشداً فى ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع، وبواجب الضمير من ناحية الفرد. فإذا وقف أمام واجب أدبى لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضى به ضمير

---

(١) السنهورى، آثار الالتزام، رقم ٣٨٧.

(٢) السنهورى، الموضع السابق.

(٣) راجع : حكم قديم لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ ديسمبر ١٩٢٨ يقرر فى أسلوب شيق إلى أن التوسع فى مفهوم الالتزام الطبيعى يجعلها أكثر اتساقاً مع ما له من الحضارة فى مستوى عالٍ فى فهم قوانين الشرف ودقة السلوك فيوجد الالتزام الطبيعى فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها شخص نحو آخر، مدفوعاً فى ذلك، لا فحسب بوازع الضمير أو بوازع الشرف، بل أيضاً بوازع من واجب اللياقة أو دقة السلوك (السنهورى، السابق، رقم ٣٩٢).

الفرد، أقره التزاماً طبيعياً، ورتب عليه أثره[١].

وقد أقرت المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى صراحة سلطة القاضى التقديرية، فى حالة غياب النصوص[٢] لكى يقرر ما إذا كان هناك التزام طبيعى بشرط عدم مخالفة النظام العام.

ومعنى ذلك، فى تقديرنا، أن المشرع المصرى يتبنى نظرة توسعية غير محددة بحالات بذاتها للالتزام الطبيعى، فالأمر منوط بتقدير القاضى وبالتالى فإن حالات الالتزام الطبيعى إما أن تكون بنص صريح (كما هى الحال فى المادة ٣٨٦ مدنى)، وإما أن تكون استخلاصاً قضائياً وفق الظروف التى يتبينها القاضى فى ظروف معينة. والقاضى فى قيامه بهذا العمل يعرض لأمرين : أمر يتصل بعناصر الواقع ومقوماته التى قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية يعمل فيه نظره وتقديره كمقوم أساسى لنشأة الالتزام الطبيعى، وهو يحصل هذا الواقع ويثبته، ثم ينتقل إلى إضفاء تكييفه القانونى عليه لكى يقرر ما إذا كانت هناك حالة من حالات الالتزام الطبيعى أم لا. ومسألة تحصيل الواقع لا يخضع القاضى فى شأنها لرقابة محكمة النقض فى حين يخضع فى المسألة الثانية، وهى مسألة التكييف، لهذه الرقابة، ولذلك فإن القاضى، فى تقديره وتكييفه، الذى ينتهى به إلى رأى فى مسألة الالتزام الطبيعى، لابد أن يكون مستنداً إلى استخلاص سائغ واستدلال سليم، سواء من واقع العرف السائد فى المجتمع، أو من واقع اعتبارات العدالة العامة،

(١) السنهورى، الموضع السابق.

(٢) من النصوص التى وردت فى شأن الالتزام الطبيعى نص المادة ٣٨٦ مدنى والتى تقضى بأن يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى.

أو من روح القواعد القانونية، أو النظام القانونى السائد فى الدولة[١].

شروط قيام الالتزام الطبيعى:

يقوم الالتزام الطبيعى على عنصرين رئيسيين هما قوامه وشرطا وجوده، وهما وجود واجب أدبى، وعدم التعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.

الشرط الأول - وجود واجب أدبى:

فكما سبقت الإشارة قامت فكرة الالتزام الطبيعى فى الفقه الحديث على نحو خاص على مفهوم من تدعيم الواجبات الأدبية التى يرتقى بها النظام القانونى إلى درجة تقترب من الالتزام المدنى فى ما يرتبه عليه من بعض الآثار (المديونية) مع تخلف مفهوم الجبر فى الوفاء.

غير أن فكرة الواجب الأدبى التى تقوم أساساً للالتزام الطبيعى ليست مجرد الأدبيات فى مستوياتها الدنيا، بل هى الواجبات الأدبية فى مستوياتها المحددة، التى ترتقى فى سلم القيم الاجتماعية، بحيث تتاخم الحدود القانونية. وهذه المسألة، فى تقديراتها من جانب القضاء، تتوقف على عوامل التطور

(١) راجع ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى من أن الالتزامات الطبيعية تمتاز عن غيرها بوجه خاص، بما يكون لها من آثار. فسمة الالتزام الطبيعى هى اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانونى وفكرة انتفاء الجزاء... وان كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعى على سبيل الحصر، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء، ليقرر فى أى الأحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب الأدبى واجبا يعترف به القانون، وليس يحد من سلطان القضاء فى هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب.. ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعى من آثار، فمن الميسور تحديدها تقريبياً.. وتنحصر هذه الآثار فى أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدين اختياراً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعى يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً.. والثانى أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدنى..» مجموعة الأعمال التحضيرية، ص ٤٩٥، ٤٩٦.

والوعى الحضارى والإنسانى التى يصل إليها المجتمع، من خلال علاقات أعضاء الجماعة وظروفهم.

يضاف إلى ذلك أن هذا الواجب الأدبى قد يكون فى أصله متخلفاً عن التزام قانونى مدنى بالمعنى الكامل. فالالتزام المدنى قد يفقد عنصر المسئولية (الإجبار على الوفاء)، لسبب يحدده القانون (التقادم مثلاً)، ويبقى منه رغم ذلك واجب أدبى يتحقق به قيام الالتزام الطبيعى.

وعلى هذا النحو السابق، فإن الالتزام الطبيعى ينشأ إما عن صعود قيمة أخلاقية أو أدبية لكى تتاخم حدود القانون فى صوره الملزمة، وإما عن التزام كان مدنياً كاملاً فهبط به القانون إلى مستوى الالتزام الطبيعى، لسبب أو آخر.

وأخيراً : يلاحظ أن هذا الواجب الأدبى يلازم عنصر معنوى مفاده شعور المدين بأن عليه أداء واجب الوفاء. غير أن هذا الشعور إنما يتحدد وفق معيار موضوعى وليس وفق معيار ذاتى أو شخصى، بمعنى أن الشعور بواجب الوفاء إنما يتحدد من خلال استخلاص القاضى لشعور الجماعة وما يسود المجتمع من قيم وأخلاقيات وموجبات للضمير الجماعى[1].

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى التى تشير إلى أنه يتعين على القاضى أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبى، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى "مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ - ص ٤٩٩".

الشرط الثانى - عدم التعارض مع النظام العام:

تعد فكرة النظام العام من مستطردات النظام القانونى الثابتة، فهى الحاجز الذى يحول دون اختراق المفاهيم الحضارية والاجتماعية للمجتمع بواسطة أفكار أو قيم مناقضة لها. لذلك كان منطقياً أن تنص المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى على أنه "فى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام"[١].

وهذا الحكم يطبق فى القوانين المختلفة دون حاجة إلى نص خاص، ولكن مع اختلاف مفهوم النظام العام فى كل دولة حسب أخلاقياتها السائدة وقيمها الاجتماعية[٢].

ففى مصر لا يجوز أن ينشأ التزام طبيعى عن تعهد المدين بدفع فوائد تجاوز الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية (٧٪)، وبالتالى فإذا ما وفى المدين بما يجاوز هذا الحد فإن وفاءه لا يكون وفاء بالتزام طبيعى، ويحق له بالتالى أن

---

(١) وأن يستوثق القاضى فى النهاية عن أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام "المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى" الموضع السابق.

(٢) يلاحظ الاختلاف فى المفاهيم حسب القيم السائدة. ففى فرنسا قضى بأن الهبة التى يقررها رجل لخليلته تصح عندما يتخذ تنفيذها صورة الرضا، بواجب من واجبات الضمير : نقض مدنى فرنسى ١ و ٦ أكتوبر ١٩٥٩، دالوز ١٩٦٠ - ٥١٥ وتعليق مالورى، وحكم لمحكمة باريس ١٦ يناير ١٩٧٧ منشور فى الاسبوع القانونى ١٩٧٨ - ٤ - ٦٩. كذلك لا تجيز المادة ١٩٦٧ من القانون المدنى الفرنسى للاعب القمار، الذى خسر ووفى قيمة الخسارة، أن يسترد ما دفعه باختياره، ما لم يكن الوفاء قد تم نتيجة التدليس أو النصب، ويبرر بعض الفقه الفرنسى هذا الحكم (الذى يكرس حقيقة الوفاء بدين القمار) بأنه تعبير عن احتقار المقامرة على نحو يتجاهلها تماماً بحيث لا يجبر الخاسر على الوفاء، فإن وفى فليس له أن يسترد ما وفاه (بلانيول وريبير وبولانجيه، الجزء الثانى، رقم ١٣٣٥). والأكثر اتفاقاً مع هذا المذهب الغريب لنص المادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى هو ما ذهب إليه كولان وكابيتان ومورانديير من اعتبار دين القمار التزاماً مدنياً (الجزء الثانى، رقم ٤٦٤)

يسترده من الدائن لمخالفة الوفاء للنظام العـام. وقد قضت بهذا الحكم صراحة المادة ٢٢٧ من القـانون المدنى المصرى: "فإذا اتفـقا على فـوائد تزيد على هذا السـعر وجب تخـفيـضهـا إلى ٧٪ ويتـعين رد ما دفع زائداً على هذا القـدر" وكذلك الحـال بالنسبـة لديون الرهان والمقامـرة، فمن خسـر فى أى من هاتين الحالتين واستـشعر واجباً أدبيـاً فى أن يفى ما خسره، وقـام بذلك بالفعل، فإن وفاءه لا يمثل وفـاء بالتزام طبيـعى، لأن مثل هذا الالتزام يخـالف النظام العام والآداب العامة، وهو ما نصت عليه المادة ٧٣٩ مـدنى "لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسـترد مـا دفـعه خـلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فـيه مـا خسـره، ولو كان هناك اتفاق يقـضى بغيـر ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجـميع الطرق".

بعض تطبيقات الالتزام الطبيعى:

أشرنا فيما سبق إلى أن الالتزام الطبـيعى إما يتخلف عن التزام مدنى، أى أن تهبط مقـومات الالتزام من مديونية + مـسئولية إلى مستـوى مديونية بدون مسئـولية. وفى مجمـوعة أخرى ينشأ الالتـزام الطبيعى نتيجـة ارتقاء الواجب الأدبى إلى حدود مـتآخمة لحـدود الالتزام المدنى فيـصبح واجباً مـتعين الأداء ولكن دون إجبار على ذلك.

ونعرض فيما يلى لكل من هاتين المجموعتين :

المجموعة الأولى - الالتزام المدنى الذى يتحول إلى التزام طبيعى:

وفى هذه المجموعة الأولـى نجد مجموعة من الالتزامـات المدنية، أياً كان مصـدرها، العقد، الاثـراء بلا سبب، العمل غـير المشروع، الـقانون... ولكن

لسبب أو لآخر حيل بين هذا الالتزام وأن تكتمل له مقومات الالتزام الكامل من حيث الاجبار على الوفاء.. فبقيت فيه مديونية قائمة فى ذمة المدين، ولكن دون أن تصاحبها المسئولية اللازمة للإجبار على الوفاء. لذلك كان تعبير الأستاذ السنهورى : بأن "الالتزام الطبيعى هو توأم الالتزام المدنى"[١].

ويعود تخلف عنصر الإجبار، أو المسئولية، إما إلى أسباب عاصرت الالتزام لحظة مولده، فولد ابتداء فى إطار الالتزام الطبيعى. وإما إلى أسباب طرأت على الالتزام المدنى، الذى ولد كاملاً على هذا الوصف، فحولته من التزام مدنى إلى التزام طبيعى.

ومن أمثلة النوع الأول عقد الهبة الباطل لعيب فى الشكل. فقد نصت المادة ٤٨٩ مدنى على أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه". وقد قضى فى فرنسا بهذا المعنى : بأن الهبة الشفهية الباطلة بقوة القانون يمكن أن يتخلف عنها التزام طبيعى يصلح سبباً لإلتزام مدنى صحيح[٢].

---

(١) السنهورى، آثار الالتزام، رقم ٣٩٧.

(٢) نقض فرنسى عرائض ١٠ يناير سنة ١٩٠٥ دالوز الدورى ١٩٠٥-١-٤٧، ونقش مدنى ١ و٢٧ ديسمبر ١٩٦٣ الاسبوع القانونى ١٩٦٤-٤-١٩. وراجع : السنهورى، السابق، رقم ٣٩٥ الذى لا يوافق على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن نص المادة ٤٨٩ مدنى هو تطبيق لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة ويعلق قائلاً انه "لو صح هذا، لصلح هذا الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدنى، ولا يمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى. وهذا ما لا يجوز التسليم به. والصحيح فى رأينا أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته، إنما هو إجازة لعقد الهبة، إذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك".

كذلك الحال بالنسبة للعقد القابل للإبطال لنقص فى الأهلية، فإذا تمسك القاصر بإبطال العقد وقضى له بذلك ثم قام بالوفاء بما هو مدين به، مختاراً واعياً، ففى هذه الحالة يكون الوفاء بالتزام طبيعى، وبالتالى لا يجوز له أن يطلب استرداد ما وفاه.

أما النوع الثانى من الالتزامات، وهى تلك التى تنشأ مدنية ثم تتحول إلى التزامات طبيعية، فمثالها الالتزام المدنى الذى يسقط بالتقادم. فحين يتمسك المدين بسقوط التزامه بالتقادم، ويقضى له بذلك، فإن التزامه يتحول إلى التزام طبيعى، فإذا قام بالوفاء طائعاً مختاراً فإن وفاءه يكون عن مديونية صحيحة، ولا يجوز له أن يطالب باسترداد ما وفى به. وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ٣٨٦/ ١ مدنى حيث قررت بأنه "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى". كذلك الحال فى حالة الصلح الواقى من الإفلاس الذى يبرمه المدين المفلس مع جماعة الدائنين، والذى بمقتضاه يتنازل الدائنون عن جزء من حقوقهم فى مقابل اقتضاء الجزء الباقى. فالجزء المتنازل عنه ينقضى بالصلح، ولكنه ينقضى كالتزام مدنى، ويتخلف عنه التزام طبيعى. فإذا ما قام المدين فى وقت لاحق بقضاء الجزء من المديونية السابق التصالح عنه، فإنه يكون قد أوفى بما هو مدين به، ولا يجوز له بالتالى أن يطلب استرداد ما دفعه. وأخيراً فإن من تطبيقات هذه الحالة أيضاً ما يتخلف فى ذمة الشخص من مديونية حقيقية نتيجة كسب دعوى قضائية، بصدور حكم قضائى ببراءة ذمته، ولكن نتيجة لأخطاء خصمه الإجرائية، أو نتيجة لتعسفه فى الإجراءات القضائية[1] تجاه

(١) كمن يؤدى اليمين الحاسمة كذباً فيخسر خصمه حقه ودعواه رغم استنادها إلى حقيقة صادقة.

هذا الخصم. فالمديونية التى تسقط نتيجة لحكم قضائى يمثل عنوان الحقيقة القضائية، ولكنه لا يطابق الحقيقة الأخلاقية، لذلك تبقى المديونية قائمة فى ذمة المدين كالتزام طبيعى.

المجموعة الثانية - الالتزامات التى تنشأ طبيعية، تجسيداً لواجبات أدبية:

تمثل هذه المجموعة النطاق التوسعى الذى يخضع فيه الأمر لتقدير القضاء، ليقدر تلك الواجبات التى ترقى من مجرد الأخلاقيات العامة غير المحددة، إلى مرتبة الواجب القانونى الذى يمثل مديونية الالتزام الطبيعى. فهذه المجموعة تعكس الجانب الخَلاَّق فى الالتزام الطبيعى.

ومن الأمثلة الواضحة ما يسوقه الفقه من التزام الشخص بالانفاق على أقارب لا يلتزم قانوناً بالإنفاق عليهم، وكذلك التزام الأب بتجهيز أبنائه حال زواجهم، أو حال تجهيزهم لأماكن عمل يرتزقون منها، وإلزام المطلق بنفقة لزوجته السابقة أوسع نطاقاً مما يقتضيه القانون، نظراً لظروفها ونظراً لطول مدة العشرة السابقة بينهما. ففى جميع هذه الحالات يكون الوفاء صحيحاً أداءً لالتزام طبيعى، ومن أوفى لا يجوز له الاسترداد بحجة عدم وجود التزام مدنى. كذلك الحال فيما قد ينشأ من التزامات طبيعية نتيجة للفعل الضار فى غير نطاق الالتزامات المدنية، كمن يعوض شخصاً، ليس فقط عن الضرر المباشر الذى سببه له، بل أيضاً عن الضرر غير المباشر. كذلك من يعوض آخر عما أثرى به على حسابه، رغم عدم توافر الشروط القانونية لدعوى الإثراء، ومن يعوض عاملاً لديه بأكثر مما يقتضيه القانون نظراً لطول مدة خدمته وإخلاصه خلالها[1].

(١) راجع السنهورى، السابق، رقم ٣٩٦.

أحكام الالتزام الطبيعى:

رددنا فيما سبق أن جوهر فكرة الالتـزام الطبيعى هو أنه يثبت مديونية فى ذمة المدين، ولكن هذه المديونيـة لاتصاحبها مـسئولية تسمح لـلدائن بأن يجبر مـدينه على الوفـاء. ويترتب على كـل من هذين الشقـين آثار هامة. ونعـرض لآثار كل منهما على حده :

آثار توافر عنصر المديونية:

يتـرتب على توافـر هذا العنصر، وكمـا سبـقت الإشارة فى أكـثـر من موضع، أن المدين بالتزام طبـيعى يتحمل فى ذمته بدين وان كـان لا يجبر على الوفاء به، فإذا ما وفى بالالتـزام الطبيعى طواعية واختياراً فـإن وفاءه صحيح، ولا يسـتطيع الإدعـاء بطلب الاسـترداد، كـمـا يترتـب على ذلك المنطق أن الالتزام الطبيـعى يصلح سبباً لالتزام مـدنى، ونعرض لهذين الأثرين كل على التوالى :

١ - صحة الوفاء بالالتزام الطبيعى :

إذا وفى المدين بالتزام طبيعى، كان وفـاؤه صحيحاً ولايجوز له أن يطالب باسترداد مـا دفعه. وهذا الحكم الأخيـر هو نتيجة قانونيـة لفكرة أن هذا الوفاء هو وفـاء صـحيـح وحقـيـقى، ولا يجـوز أن يؤخـذ على أنه تبـرع من المدين للدائن. ولهذا السبب فإن هذا الوفاء هو عمل من أعـمال المعاوضة - باعتباره سداد المديونيـة - وليس من أعمـال التبرع، وبالتـالى تشترط فـى المدين أهلية الأولى دون الثانية. وكذلك الحـال لو قام المدين بالوفاء وهو فى مرض الموت، فلا تطبق عليـه قرينة المادة ٩١٦ مدنى باعتبـاره وصية، مادام قـد ثبت فعلاً أن الوفاء كان عن التزام حقيقى (نفياً لقرينة المادة ٩١٦/ ٣ مدنى).

ويثور السؤال حول مدى الطعن فى الوفاء بالالتزام الطبيعى بالدعوى البوليصية من جانب دائنى المدين، وأوضاع وشروط هذا الطعن. وهل يشترط أن يثبت الدائنون غش المدين الموفى وغش الدائن الذى استوفى الدين؟ كان من المنطقى أن تكون الإجابة بالإيجاب باعتبار أن الوفاء المذكور ليس تبرعاً (فى الطعن على التبرعات لا يشترط الغش المشار إليه)، غير أن القانون المدنى الحالى يدفع إلى معاملة الوفاء بالتزام طبيعى معاملة أعمال التبرع بحيث يكون الطعن فيه بالدعوى البوليصية دون اشتراط الغش، ذلك أن المادة ٢٤٢/ ٢ مدنى قررت عدم سريان الوفاء (بالتزام مدنى) الصادر عن المدين المعسر، فى حق باقى الدائنين، إذا حصل هذا الوفاء قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء. ويذهب الأستاذ السنهورى إلى أن هذا الحكم ينطبق من باب أولى على قيام المدين بالوفاء بالتزام طبيعى هو غير مجبر على الوفاء به، وبالتالى للدائنين حق الاعتراض عليه، واعتباره تبرعاً - فى خصوصية الدعوى البوليصية- حتى لو كان طرفا الوفاء، الدائن والمدين، حسنى النية. ويغلب أن يتحقق ذلك عملاً فى تجهيز الأب المعسر لابنته، فإن التجهيز التزام طبيعى إذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن عليه بالدعوى البوليصية.. باعتباره تبرعاً لا معاوضة"[1].

- ومن ناحية أخرى فإن الوفاء كتصرف قانونى لابد أن يكون عن اختيار، وعن بينة من الأمر. فإذا تم الوفاء نتيجة أكراه أو تدليس، أو شاب إرادة المدين غلط تمثل فى إعتقاده الخاطى انه مجبر على الوفاء، كان له أن يطعن فى الوفاء، وأن يسترد ما سدده.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٤٠٠.

وقد نصت المادة ٢٠١ مدنى على أن لايسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً"[١].

٢ - "الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى" (م ٣٠٢ مدنى) :

يجوز أن يقوم المدين بدلاً من الوفاء بالالتزام الطبيعى بالتعهد بالوفاء به، على أن يصدر هذا التعهد عن بينة واختيار[٢] دون خضوع لإكراه أو تدليس، ودون وقوع فى غلط، على نحو ما سلف ذكره. وفى هذه الحالة يصبح الوعد بالوفاء ملزماً للمدين قانوناً. ويكون هذا الالتزام الجديد للمدين التزاماً مدنياً كاملاً، ولكن على القاضى أن يستخلص بوضوح نية المدين أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً، فلا يكفى أن تكون عبارات التعهد حاملة لمعنى الاعتراف بالالتزام الطبيعى فحسب. وتوافر هذا القصد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض. وعند الشك يفسر الغموض لمصلحة المدين، بمعنى يُحمل الأمر على أنه مجرد اعتراف بوجود الالتزام الطبيعى، وليس على قصد التعهد بالتزام مدنى. وكذلك الوعد بالوفاء، يجعل من الالتزام الطبيعى سبباً لالتزام مدنى كامل، يجبر المدين على الوفاء به. ويلاحظ أن التعهد بالوفاء يخضع لأحكام المعاوضات لا لأحكام التبرعات من حيث الأحكام الموضوعية والشكلية، كما سبق عرضه فى شأن الوفاء بالالتزام الطبيعى. كما يخضع هذا التعهد لأحكام الإثبات، من حيث نصاب الإثبات الكتابى. كما أنه ينتقل على كاهل الورثة، ما لم يتبين بوضوح أن المدين قد قصد أن يضفى عليه طابعاً شخصياً بحتاً[٣].

---

(١) المادة ١٢٣٥ مدنى فرنسى، كاربونييه، السابق، رقم ٤.

(٢) راجع : نقض مدنى فرنسى ١٤ يناير ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢، ص ١١٧.

(٣) راجع : حكم لمحكمة باريس ١٩ يناير ١٩٧٧ فى الاسبوع القانونى ١٩٧٠-٤-٦٩، وراجع كاربونييه، السابق.

آثار تخلف عنصر المسئولية فى الالتزام الطبيعى :

يترتب على تخلف عنصر المسئولية بما يعنيه من عدم جواز إجبار المدين على الوفاء، نتيجتان هامتان هما : عدم جواز المقاصة بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى، وعدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى.

١ - عدم جواز المقاصة بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى :

ينقضى الالتزام المدنى بتنفيذه اختياراً، وإلا فجبراً عن المدين، كما ينقضى بما يعادل الوفاء. والمقاصة تدخل تحت هذا البند الأخير، وأساسها أن يصبح المدين دائناً لدائنه، فى صورة يكون فيها كل من الدينين نقوداً، أو مثليات متحدة نوعاً وجودة، كما يكون كل منهما خال من النزاع، مستحق الأداء. فإذا توافرت هذه المواصفات انقضى كل من الدينين فى حدود قدر الأقل منهما (م٣٦٢ من القانون المدنى). ويجب أن يتمسك بالمقاصة صاحب المصلحة فيها (م٢٦٥مدنى)، لكنها تتم بحكم القانون متى توافرت شروطها. ولذلك فإن المقاصة القانونية تعتبر نوعاً من الوفاء الإجبارى، إذ أن أثرها يتحقق، كما أشرنا، منذ توافر شروطها، فإذا تمسك بها صاحب الشأن فلا يجوز لدائنه أن يتخلص من هذا الأثر. ويترتب على منطق أن المقاصة القانونية نوع من الإجبار على الوفاء أنه لا تجوز مقاصة الالتزام الطبيعى فى مواجهة الالتزام المدنى. فالأول لاجبر فى الوفاء به، والثانى يجوز فيه الجبر. فكل من الالتزامين، بالتالى، ليس من ذات درجة الآخر. ويعتبر هذا الحكم نزولاً على منطق القواعد العامة فى طبيعة كل من الالتزامين.

٢ - عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى :

الكفالة عقد يتعهد بمقتضاه شخص أن يفى بالتزام إذا لم يف به المدين نفسه[1] (م٧٧٣مدنى). والتزام الكفيل، بالتالى، هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى، فالكفيل لا يلتزم بالوفاء الا إذا تخلف المدين الأصلى عن القيام بواجبه. وقد اقتضت هذه التبعية حظر أن تكون الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، كما لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد.

وقد اقتضى هذا الارتباط، وتلك التبعية، التساؤل حول جواز كفالة الالتزام الطبيعى، وذلك على أساس أنه إذا تعذر إجبار المدين الأصلى على الوفاء بالتزامه الطبيعى فلا يتصور أيضاً إجبار كفيله؟. كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن المادة ٢٧٨ فقرة ٢ والتى جرت على أنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية. وقد استبعد هذا الحكم على أساس أنه يمكن استخلاصه من النصوص الخاصة بالكفالة.

غير أن رأياً يذهب، مع ذلك، إلى القول بإجازة كفالة الالتزام الطبيعى غاية الأمر أن التزام الكفيل يظل بدوره التزاماً طبيعياً، وبالتالى فكما لا يجبر المدين على الوفاء، لا يجوز أيضاً إجبار كفيله، وهو ما يتفق مع منطق المادة ٧٨٠ مدنى التى نصت على أنه لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

---

(١) قد تكون الكفالة شخصية، أى ضماناً يستند إلى الضمان العام لذمة الكفيل، وقد تكون عينية يقدم فيها الكفيل مالاً من أمواله، كضمان عينى، (رهن رسمى أو رهن حيازى) للوفاء بالتزام المدين.

ثانياً - الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية :

وهذا التقسيم الثانى يقع فى منطقة الالتزامات المدنية، وهو يقوم على اختلاف الغاية فى كل نوع عنه فى الآخر. فعندما يفرض الالتزام على المدين تحقيق نتيجة قانونية محددة فاننا نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة أى ببلوغ غاية. وعلى العكس عندما لا يفرض الالتزام على المدين سوى أن يبذل ما فى وسعه من وسائل للوصول إلى أكبر قدر من الهدف المنشود فاننا نكون بصدد التزام ببذل عناية.

ومن أمثلة الالتزام بتحقيق نتيجة التزام ناقل البضائع بتوصيلها إلى مكان معين، إذ يتعين على الناقل أن يبلغ غايته المقصودة (المكان المرسل إليه) بالبضائع وهى فى حالة جيدة غير تالفة وغير ناقصة. فإذا تخلف الناقل عن تحقيق هذه الغاية انعقدت مسئوليته بمجرد إثبات عدم وصول البضاعة دون حاجة إلى أى اثبات آخر. فإذا أراد الناقل أن يتخلص من مسئوليته فإن على عاتقه هو أن يقيم الدليل على السبب الأجنبى، كالقوة القاهرة أو العيب الذاتى فى البضاعة. فإذا لم يقدم الناقل هذا الدليل ظلت مسئوليته قائمة والتزم بالتعويض كاملاً، لتخلف النتيجة المتفق عليها.

أما الالتزام ببذل عناية[1] فمثاله التزام الطبيب بعلاج المريض، ففى هذا الفرض لا يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة وهى شفاء المريض، ولكنه يلتزم فقط بأن يبذل الوسائل الطبية اللازمة والكافية وفقا لقواعد وأصول الفن الطبى

---

(١) يلاحظ أن المادة ٢١١ مدنى تنص على أنه إذا كان الالتزام بعمل وكان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوقى الحيطة فى تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

المتعـارف عليها لكى يشفى المريـض، أما أن تتحقق النتـيجة أو لا تتحـقق فإن الطبيب لا يسـأل عن ذلك لأن التزامه هو مـجرد التزام بوسـيلة أو ببذل عناية فقط. ويتـرتب على هذا الاختـلاف فى المعنى (عن الالتزام بـتحقـيق نتيـجة) اختلاف فيـما يتعلق بالإثبات. فإذا أراد المريض أن يرفع دعوى مـسئولية على الطبيب فإنه يتعين عليـه (أى على المريض) أن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يبذل العناية الكافـية أو أنه قصر فـى الالتزام بأصول المهنة الواجب مراعـاتها. والسبب فى إلقـاء عبء الاثبات على المريض على هذا النحـو، هو أننا بصدد التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

ويعتبر الفقيه الفرنسى "ديموج Demogue"[(١)] هو صاحب هذا التقسيم، وقد أثارت نظريته فى هذا الخصوص جدلاً فقهياً وقضائياً حول معيار التقسيم وحول مـا يترتب عليـه من آثار ونتائج. ومن أهم مظاهر هذا الخلف التـساؤل حول من يقـع عليه عبء إثبات الخـطأ فى المسئوليـة المدنية، فـقد كـان الاتجاه الغالب، حـتى ظهور هذه التـفرقة، هو أن عـبء إثبـات الخطأ يقع على الدائن فى المسئولية التـقصيرية أى يقع على عاتق المضرور. أما فى المسـئولية العقدية فإن الخطأ مفترض لا ينتفى إلا بإثبـات السبب الأجنبى. وقد تمثل رأى الأستاذ

---

(١) راجع : "ديموج"، مطول الالتزامات، الجزء الخامس، رقم ١٢٣٧، الجزء السادس رقم ٥٩٩. وراجع فى الموضوع أيضاً "مارتى ورينو" Marty et Raynayd القانون المدنى، الالتزامات، رقم ٤٦٩، "هنرى مازو" مـقال بعنوان محـاولة لتقسيم الالتـزامات، المجلة الفصليـة للقانون المدنى R.T.D.C. ، ١٩٣٦، ص ١ ومـا بعـدهـا، "تنك" A.Tunc، التفرقـة بين الالتزامات بتحقـيق نتيجة والالتزامات بعناية فى الاسـبوع القانونى J.C.P. ١٩٤٥-١-٤٤٩، ورسالة "فروسا" Frossard بعنوان : "عن التفرقة بين الالتزامات بوسيلة والالتزامات بتحقيق نتيجة" من "ليـون" Lyon، ١٩٦٥، ومـقـال "بلانكيل" Planqueel عن الالتـزام بوسيلة والالتـزام بتحـقيق نتـيجـة، المجلة الفصليـة للقانون المدنى، "كـاربونيه" Carbonnier القـانون المدنى، الالتزامات، طبعة ١٢، ١٩٨٥، رقم ٧١، ص ٢٨٧.

"ديموج" فى عدم صحة هذا الفارق على إطلاقه، حيث أن نظام الإثبات واحد فى المسئوليتين، أى سواء كنا بصدد خطأ عقدى أو بصدد خطأ تقصيرى، فبالإضافة إلى شرط الضرر يتعين على الدائن (المضرور) أن يقيم الدليل على وجود الالتزام فى ذمة المدعى عليه (المدين)، وان هذا الأخير لم ينفذ التزامه، فضلاً عن توافر علاقة السببية بين عدم التنفيذ وما لحق المضرور من أضرار. غير أن صعوبة تناول هذا الإثبات والوفاء به تصطدم بطبيعة الالتزام وهل هو التزام بتحقيق نتيجة أم انه التزام ببذل عناية. فإثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يبدو أمراً ميسوراً إذا كان التزام هذا المدين بتحقيق نتيجة Obligation de resultat ذلك أن تخلف النتيجة المتوخاة هو واقعة إيجابية واضحة للعيان، بل هى تختلط، فى بعض الأحيان، بالضرر المتحقق ذاته، أى أن الضرر يتمثل فى عدم تحقق تلك النتيجة. أما إذا تعلق الأمر بالتزام ببذل عناية أى التزام بوسيلة Obligation de moyen، فإن إثبات الإخلال بهذا الالتزام يبدو أكثر صعوبة، إذ يتعين على الدائن (المضرور) أن يقيم الدليل على إهمال المدين ورعونته أى أن يقيم الدليل على الخطأ وفقاً لمعاره المطرد وهو الانحراف عن سلوك الشخص العادى.. إلخ.

وقد هاجم البعض هذه التفرقة، حيث ذهب رأى إلى القول بأن التفرقة المشار إليها تفتقر إلى الدقة، ولا تقدم رؤية واضحة لحقائق العلاقات القانونية، فالحدود بين ما يسمى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، ليست حدوداً حاسمة، وهو ما يتضح باستعراض مثال التزام الطبيب بالعلاج. فهذا الالتزام هو فى وجهه الغالب، التزام ببذل عناية، ومع ذلك فإذا تحقق شفاء

المريض فإن مسئولية الطبيب لا تنعقد حتى ولو كانت الوسائل المستخدمة فى العلاج سيئة، أو لا تعكس الحيطة والحذر الواجبين من الطبيب المعالج[١].

ومن ناحية ثانية، قيل بأن التفرقة المشار إليها تتضمن تبسيطاً غير واقعى للأمور. فالالتزامات التى قد توصف بأنها التزامات بوسيلة لا تتخذ جميعاً نمطاً واحداً متناسقاً، بل هى فى الحقيقة ذات مضامين مختلفة تتفاوت وتتدرج بدءً من وجود الحيطة فى صورتها العادية الدارجة، وصولاً إلى اقتضاء هذه الحيطة فى صورة متشددة. وحيث يكون الالتزام بالحيطة متشدداً يكون هناك مجال للشك ينعكس فى التساؤل حول ما إذا كان الأمر قد وصل إلى حدود الالتزام بتحقيق نتيجة.

وقد تنطبق ذات الملاحظة السابقة على الالتزامات بتحقيق نتيجة حيث يتراوح مداه بين ضيق واتساع، فإذا ما تعاقدت شركة هندسية على تسليم مصنع فى حالة جيدة وصالح لإنتاج سلعة معينة، فإن الأمر يصب فى ذات الطبيعة لو أن الشركة تعهدت ليس فقط بتقديم أدوات الإنتاج، ولكن أيضاً بضمان هذا الإنتاج وضمان تسويقه[٢]. وبمعنى آخر فإن المدين بالتزام بنتيجة

---

(١) راجع : اسمان P.Esmein، مقال بعنوان الالتزام والمسئولية العقدية، منشور فى دراسات (منوعات Mélanges). مقدمة لجورج ريبير، الجزء الثانى ص ١٠١ وما بعدها، ومقال بعنوان أساس المسئولية العقدية مقربة من المسئولية التقصيرية، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى، ١٩٣٣، ص ٦٣٣، وملاحظات حول التقسيم الجديد للالتزامات فى دراسات (منوعات) مقدمة لهنرى كابيتان، ص ٢٣٥ وما بعدها، وراجع تعليق بريتون Breton فى سيرى، ١٩٣٧، ص ٣٢٧، وستارك B.Stark، القانون المدنى، الالتزامات -٢- الطبعة الثانية ١٩٨٦، رقم ١٩٧٥ وما بعدها، وجستان وفينى J.Ghestin et Viney، القانون المدنى، شروط المسئولية، الطبعة الأولى ١٩٨٢، رقم ٥٢ وما بعدها، وبينابنت A.Bénabent، القانون المدنى، الالتزامات، ١٩٨٧، رقم ٢٨٠ وما بعدها، ١٩٧٢، ص٣٢٤.

(٢) جستان وفينى، السابق.

إذا كان يتخلص من التزامه عادة بإثبات السبب الأجنبى فإنه قد يشدد من التزامه بضمان نتيجة فعل الغير أو القوة القاهرة.

ويترتب على منطق الملاحظات السابقة - عند منتقدى تقسيم الالتزامات على نحوها السابق - أن الأمر ليس بالبساطة المقول بها، حيث أن مضامين الالتزامات تتعدد وتتراوح بين درجات متفاوتة وعلى نحو لا يمكن حصره. وهذا التعدد والتفاوت إنما يعود إلى مبدأ الحرية التعاقدية[١].

أما في جانب الدفاع عن التقسيم المشار إليه، فقد ذكر بعض الفقه أن تقسيم الالتزامات إلى التزام بعناية والتزام بنتيجة، إنما يعكس فى حقيقته قدراً من الاتجاهات النفسية للمتعاقدين، حيث يكون فى وسعهما إنشاء الالتزامات وفق مضامين وحدود متغيرة ومتنوعة، فإذا قصد متعاقدان أن يلتزم أحدهما بتحقيق نتيجة بذاتها فإن من الطبيعى أن تنعقد مسئولية المدين على نحو أكثر يسراً وسهولة، منها فى حالة ما إذا اقتصر الالتزام على بذل العناية والجهد بقصد تحقيق مطلب الدائن. يضاف إلى ذلك ما تمثله التفرقة المذكورة من توضيح حلول القانون الوضعى فى شأن تعريف الواقعة المنشئة للمسئولية العقدية ولإثباتها، فبفضلها يمكن تفسير أن المدين العقدى يلتزم أحياناً على نحو متشدد بحيث تقوم المسئولية قبله بمجرد إثبات الضرر المتمثل فى فوات النتيجة المتوخاة من الالتزام. فى حين أنه فى الحالات الأخرى يتعين على الدائن أن يقيم الدليل على إهمال المدين ورعونته، ففى هذا الفرض (الالتزام بعناية) لم يلتزم المدين إلا بمسلك معين يتعين إثبات انه انحرف عنه[٢].

(١) جستان وفينى، السابق، رقم ٥٢٧.

(٢) راجع : هنرى مازو، السابق، رقم ٥٥ وما بعدها، فروسا ، السابق، وعرض جستان وفينى، السابق، رقم ٥٢٦.

وقد ثار جدل فى الفقه حول معيار التفرقة بين النوعين من الالتزامات خاصة بما ترتب عن هذه التفرقة من أثر هام فيما يتعلق بعبء الإثبات وكيفية إعماله. ويلاحظ مبدئياً أن أغلب التزامات المدين هى التزامات بتحقيق نتيجة إذ أنه مدعو عادة إلى الوفاء بأداءات محددة لتحقيق الغاية التى يسعى إليها الدائن. أما الالتزام ببذل عناية فيبدو من الزاوية السابقة أنه الأقل شيوعاً.

لذلك يكون التساؤل حول : متى يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية؟ وفى إجابة على هذا السؤال نضع عدة مؤشرات.

المؤشر الأول : أن الالتزام ببذل عناية غير وارد إطلاقاً عندما نكون بصدد التزام بإعطاء، كالالتزام بدفع مبلغ من النقود، وكذلك الحال فى الالتزام بالامتناع عن عمل. ففى هاتين الحالتين يكون الالتزام بالضرورة التزاما بتحقيق نتيجة، إذ لا يتصور فى الحالة الأولى أن يكون المدين ملتزماً بأن يبذل ما فى وسعه لدفع الدين القائم فى ذمته، كما لا يتصور فى الحالة الثانية أن يكون المدين ملتزماً أن يبذل ما فى وسعه للامتناع عن العمل الملتزم به. ففى الحالتين لا يتصور إلا أن يكون الالتزام بتحقيق نتيجة.

المؤشر الثانى : فى شأن الالتزام بأداء عمل، وهنا يكون التساؤل، وهنا يحتمل الأمر أن يقع فى منطقة الالتزام بتحقيق نتيجة، أو على العكس، فى منطقة الالتزام ببذل عناية.

وفى البحث عن معيار للتمييز قيل بمعيار الاحتمال Alea ومعناه أنه إذا كانت نتيجة تنفيذ المدين لالتزامه تتوقف على عناصر تخرج عن سيطرة هذا المدين (نسبياً بطبيعة الحال) فإن الالتزام يكون هنا التزاماً ببذل عناية، كما هو الحال فى التزام الطبيب بعلاج المريض وشفائه، والتزام المودع لديه بالمحافظة

على لمال المودع، والتزام الوكيل بإدارة أموال موكله. ففى جميع هذه الأحوال يكون الالتزام ببذل عناية، إذ أن النتيجة المبتغاة لا تقع تحت سيطرة المدين بصفة كاملة.

أما إذا تخلف الاحتمال فإن الالتزام يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، كما هو الحال فى التزام الناقل بتوصيل البضاعة إلى مكان معين، والتزام المغنى بالغناء فى حفلة، والتزام البائع بنقل الملكية، ففى جميع هذه الفروض منظور إلى الغاية باعتبار حتمية تحقيقها، وأن الالتزام لا يعتبر قد نفذ إلا ببلوغها.

ومع ذلك فإن عمومية تطبيق معيار التمييز السابق ليس بالبساطة السالف ذكرها. فمن ناحية أولى فإن المدين الذى يلتزم بتحقيق نتيجة فى عقد قد يلتزم فى ذات العقد بالتزامات ببذل عناية. فمقاول الطلاء الذى يتعهد بطلاء واجهة منزل معين يلتزم بتحقيق النتيجة، ولكنه أيضاً يلتزم ببذل عنايته لكى تكون النتيجة على أكبر قدر ممكن من الحسن والقبول. وعلى العكس فإن من يلتزم ببذل عناية أو وسيلة إنما يتعهد عادة ببعض النتيجة، ومثال الطبيب يقدم نموذجاً لهذا المعنى. فرغم أن التزام الطبيب هو فى جوهره التزام ببذل عناية وهى أن يبذل ما فى وسعه وفقاً للأصول الطبية والفنية لشفاء المريض، فإنه فى ذات الوقت يلتزم بتحقيق نتيجة بالنسبة للأدوات التى تستخدمها، أو بالنسبة لنقاء الدم الذى ينقله للمريض.

ومن ناحية ثانية فإن فحوى الالتزام بوسيلة أو نتيجة يختلف باختلاف الأحوال فضلاً عن اختلافه من منظور إرادة كل من طرفى العقد. فمثلاً التزام صاحب ورشة إصلاح السيارات هو التزام بتحقيق نتيجة، ولكنه مخفف إلى

حد ما، حيث يسمح له بأن يتخلص من المسئولية بمجرد نفى الخطأ[1]. وفى حالات أخرى قد يتشدد الالتزام بتحقيق نتيجة ليرتبط بالالتزام بالضمان[2].

أما الالتزام ببذل عناية فإن فحواه يبدو فى بعض الحالات أكثر تنوعاً، ومن ذلك أن التزام مصحة الأمراض النفسية هو التزام ببذل عناية تجاه المرضى المقيمين فيها، خاصة بالنسبة لعلاجهم ورقابتهم. ومع ذلك فإن حدود هذا الالتزام تختلف وفقاً لحالة المريض النفسى من حيث خطورته أو هدوئه، ومن حيث توصيف علاجه وهل هو فى مكان مغلق أم مكان مفتوح. ويتشدد الالتزام بالعناية مثلاً فى مواجهة مريض حاول الانتحار أو حاول الهرب[3].

ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان معيار العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هو ما يبذله الرجل العادى (م ٢١١ مدنى) فإن هذا المقياس ليس متعلقاً بالنظام العام فى جميع الحالات، ويجوز لأطراف الالتزام الاتفاق على بذل عناية أكبر أو عناية أقل. ففى عقد العارية يلتزم المستعير أن يبذل فى العناية بالشئ المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١/ ١ مدنى). وهو تشدد قصد به حماية مصلحة المعير، ويجوز الاتفاق على التخفيف منه. وفى الوكالة بغير أجر يلتزم الوكيل بأن يبذل فى تنفيذ الوكالة العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد" (م ٧٠٤/ ١ مدنى) وهو

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٢ يونيو ١٩٨٣، بلقان المدنى-١- .

(٢) فمقاول البناء ملتزم بتحقيق نتيجة مضاف إليها التزام بضمان العيوب لمدة معينة.

(٣) راجع من أحكام النقض الفرنسية الدائرة المدنية ٣ أكتوبر ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨ ص ٧٨، ٥ ديسمبر ١٩٧٨، دالوز ١٩٨٠، ص ٣٥٣، ٢٠ يناير ١٩٨٢، الاسبوع القانونى ١٩٨٢ - ٢ - ١٩٨٧٧، ٢٣ فبراير ١٩٨٢، دالوز ١٩٨٣، ص ٤٩٩.

تخفيف روعيت فيه مصلحة الوكيل لأنه يؤدى الوكالة بغير أجر، ويجوز الاتفاق على التشديد باتفاق الطرفين.

غير أنه يلاحظ أمران : **الأول** : أنه لا يجوز وفقاً للمادة ٢١٧/ ٢ مدنى التخفيف من مسئولية المدين فيما يبذله من عناية إلى حد إعفائه من نتائج الغش أو الخطأ الجسيم[(١)]. **والثانى** : أنه لا يجوز الاتفاق على التخفيف من العناية الواجبة إذا كان التزام المدين متعلقاً بالسلامة الجسدية للدائن، كما هو الحال فى التزام الطبيب بالعناية بمريضة.

(١) ويجوز ذلك بالنسبة لأخطاء من يستخدمهم المدين ولو كانت جسيمة.

الفصل الثانى

العوامل المؤثرة فى تطور نظرية الالتزام

أولاً - تأثير العوامل الأخلاقية:

لاشك أن للأخلاق اثراً بعيداً على القواعد القانونية بصفة عامة. فالقانون هو فى كثير من حالاته صدى للجوانب الاخلاقية، يعكس مضامينها ويتطور بتطورها. والمتابع لتطور النظم القانونية لابد أن يلحظ المسار المتداخل للظاهرتين، الظاهرة القانونية والظاهرة الاخلاقية. فمنذ عرفت البشرية فكرة القانون ثم مروراً بالقانون الرومانى، ووصولا الى الشريعة الاسلامية، أثرت الجوانب الاخلاقية تأثيراً واضحا في نظرية الالتزام.

فمنذ بداية القرن السابع بدأ تأثر القانون الرومانى بوضوح بأفكار اخلاقية جديدة وفدت اليه من الفلسفة اليونانية، ومن قبيل ذلك أن ظهرت فكرة الاثراء غير المشروع، وبدء دخول فكرة حسن النية فى المعاملات، وظهور فكرة الخطأ كشرط فى المسئولية المدنية.

ثم كان دور الشريعة الاسلامية فى اعلاء الكثير من المبادئ الاخلاقية فى المعاملات كمبدأ حسن النية ومحاربة الغش والتعسف وترجيح درء الضرر على جلب المنفعة... الخ

وفي عصر القانون الكنسى بدأت القوانين الغربية تتأثر ببعض الجوانب الاخلاقية الدينية السابقة، كتأثيم الكذب والغش فى المعاملات. وتأثيم عدم الوفاء بالعهود، وذلك بقصد اضفاء المظاهر الاخلاقية على المفاهيم التعاقدية.

وفي القوانين الحديثة نلحظ ذات المعنى السابق. ففى القانونين المدنى الفرنسى والمصرى يلاحظ الاثر الاخلاقى على نحو واسع. ومن ذلك معالجة عيوب الارادة تحت تأثير اخلاقي واضح يقتضى من المتعاقد قدراً واضحا من

حسن النية والثقة المشروعة فى التعامل، ثم تطوير مفاهيم التعسف في استعمال الحقوق، وحماية القاصر فى بعض حالات تصرفه، وتقرير مسئولية خاصة احيانا لعديم التمييز. وفى مجال المسئولية التقصيرية اتجهت القوانين الحديثة في نظرية الالتزام الى تبنى مفهوم موسع لفكرة الخطأ الموجب للمسئولية، كما أقامت بعض صور المسئولية القائمة على تحمل التبعة، كمسئولية المتبوع عن أخطاء تابعه، والمسئولية عن حراسة الأشياء الجامدة.

كذلك فتح القانون المدنى المصرى بابا واضحاً للاعتداد بالجوانب الاخلاقية عندما وسع من سلطات القضاء في حسمه لمشكلات الالتزامات بين الاشخاص. ومن ذلك سلطة القاضي فى تفسير وتطبيق شروط نظرية الظروف الطارئة، وكذلك فى تطبيق أثر عيب الاستغلال كأحد عيوب الارادة، ونظرة الميسرة... الخ.

ولعل من أوضح حالات تأثر القانون المدنى المصرى الحالى فى شأن الالتزامات، بالجوانب الاخلاقية، ما تبناه نقلا عن اخلاقيات الفقه الاسلامى. ومن ذلك الاحكام الخاصة بمجلس العقد، وبعض أحكام ايجار الارض الزراعية خاصة أثر هلاك الزرع، وفسخ الايجار للعذر، وتبنى المعيار الموضوعى فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق... الخ.

ثانياً- تأثير العوامل الاجتماعية:

قامت نظرية الالتزام فى القرن التاسع عشر على مفهوم الحرية الفردية وبالتالى الحرية التعاقدية. وقد ساد هذا المبدأ جميع نواحى الحياة اقتصادياً وسياسياً واجتماعيا وتعاقدياً. وهو يفترض أن الافراد يتساوون فى الحقوق والحريات لا يفضل بعضهم بعضاً، وبالتالى يجب أن يتركوا وشأنهم فى جميع معاملاتهم وفقا لمبدأ الحرية الكاملة. وتبلورت هذه الافكار فى اطار

المذهب الفردى كما عرفته أوربا فى القرن التاسع عشر، ومن مقتضاه أنه لا يجوز للنظام القانونى أن يَحِدَّ من حرية الفرد أو حقوقه. فالافراد قادرون على تحقيق العدل بحريتهم وارادتهم، ولا يجوز أن تتدخل الدولة فى شئ من ذلك. وقد ادى هذا المفهوم إلى اعلاء شأن الحرية الفردية سياسياً، وعدم تدخل الدولة في النشاط الفردى إلا فى أضيق الحدود اللازمة للمحافظة على الامن ومنع تصادم الحريات فيما بينها. وهو ما يستوجب ترك النشاط الاقتصادى وفق الحرية الكاملة «دعه يعمل، دعه يمر». والدولة ما هى إلا دولة حارسة، تحمى الحرية الفردية وتحمى المنافسة الكاملة بما ينتهى فى نهاية المطاف إلى تشجيع الانتاج وبقاء الاصلح. وتمثلت الصياغة القانونية لهذه الافكار في مبدأ الحرية التعاقدية القائمة على مبدأ سلطان الارادة. فالانسان لا يتعاقد الا بمقتضى ارادته الحرة الكاملة المدركة الواعية، وهو، على هذا النحو، سيد مصيره، وما يتوصل إليه بحريته هو المحتوى العادل للتعاقد. فالعقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه، أو تعديله، إلا بإتفاق العاقدين.

تلك كانت أسس نظرية الالتزامات فى ضوء المذهب الفردى. غير أن التطورات الاجتماعية التى صاحبت الثورة الصناعية، وترتبت عليها، غيرت من بعض هذه المفاهيم السابقة، وأظهرت خطأ وخطورة التمادى فى الاعتماد على مبادئ الحرية المطلقة. إذ لا يجوز التغاضى عن تفاوت المراكز الفعلية للمتعاقدين بين القوة والضعف، سواء كان هذا التفاوت يعود لاسباب بشرية أو لاسباب اجتماعية أو لاسباب اقتصادية. فالحرية لا يجوز أن تترك القوي يصرع الضعيف. وقد عبرت المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى عن هذا المعنى حين ذكرت «أن مشروع القانون المدنى لا يقدس حرية الفرد إلى حد يضحي من اجلها بمصلحة الجماعة، ثم هو بين الفرد والفرد لا يترك

القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية. فليس الفرد حراً فى أن يتخذ مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئه ليتعسف ويتحكم. لذلك يقف المشروع إلى جانب الضعيف يحميه كما فعل فى عقود الاذعان (التى تفرضها شركات الاحتكار) عندما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفيه محلا لتقدير القاضى، وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضي أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه. وكما فعل فى حماية العامل عندما احاط عقد العمل بسلسلة من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل، وهو الى جانب كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدأ عاماً ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق».

غير أن الجوانب الاجتماعية لم تقف فى تأثيراتها عند حدود هذه التطبيقات الواردة في القانون المدنى وبشأنها بل تجاوزت هذه الحدود لتحدث ثورة هائلة فى عالم نظرية الالتزام. فقد تصاعد تدخل الدولة مما أضعف بشكل واضح نظرية الدولة الحارسة لتحل محلها الدول المتدخلة، التى تراقب توازن العلاقات، وتحمى بعض طبقات المجتمع ضد البعض الاخر بقصد علاج الخلل فى التوازن الاقتصادى والاجتماعى. وهو ما شهدته قوانين التشريعات الاجتماعية من تطورات، وكذلك قوانين الاصلاح الزراعى من أوائل الخمسينات حتى أوائل التسعينات، وكذلك قوانين ايجار الاماكن، وقوانين التموين التى تستهدف حماية للمستهلك. وقد صاحب كل ذلك ظهور ما يسمى بالعقود المفروضة، أو الاجبار على التعاقد، وفقا لشروط يحددها القانون ولا يترك للارادة حرية فى شأن شروطها الاساسية. كذلك

ظهرت عقود العمل الجماعية، التى تفرض على أصحاب العمل الالتزام بالحد الادنى من ضوابط الحماية الواردة فيها، فيما يبرمونه من عقود عمل فردية مع العمال.

ثالثاً - تأثير العوامل السياسية:

لاشك أن للسياسة اثراً واضحاً فى عالم القانون، وهو اثر لا يقتصر على تطبيقات القانون العام وحده، بل يمتد ليشمل القانون الخاص وجوهرة المتمثل في نظرية الالتزام. فالسياسة هى الاطار المنظم لادارة المجتمع كله. فهى كما قيل بحق «مجموعة الغايات المشتركة التى يستهدفها شعب ما والوسائل التى يعدها الشعب للوصول الى تلك الغايات». ولذلك كان القانون هو أهم هذه الوسائل وأكثرها خطورة وبالتالى أكثرها تأثيراً وتأثراً بالمفاهيم السياسية. فالقانون فى جملته انما يعبر عن نظام سياسى معين، فهو اداة تنظيم شكل النظام السياسى للدولة، يحدد طبيعة العلاقات بين سلطاتها، وتصطبغ قواعد فروعه، بما فيها القانون المدنى، بصبغة النظام السياسى.

ففى النظم الفردية تجنح قواعد القانون المدنى - وكما سبق القول - إلى مبادئ الحرية. والحد من هذه الحرية لا يكون الا بميزان دقيق وحساب حساس، خاصة حين تكون هذه النظم الفردية قائمة على فلسفة حكم ديمقراطى، ووفقاً لدرجة الديمقراطية التى يتبناها نظام الدولة.

أما حين يتبنى المجتمع نظاما سياسياً استبدادياً، أو شمولياً، فالامر مختلف، حيث يتسع نطاق تدخل الدولة، وتتراجع قواعد الحرية الفردية. وقد اشرنا إلى بعض مظاهر هذا المعنى.

وتقدم القوانين الحديثة المصرية نموذجاً لهذه المقارنة السابقة فقبل قيام ثورة ١٩٥٢ كان النظام يميل الى الفردية والحرية، مع قدر لا بأس به من

الديمقراطية. وقد انعكس ذلك على قواعد القانون المدنى ونظرية الالتزامات، حيث جاءت، وكما ذكرنا من قبل، قائمة على حرية التعاقد، مع بعض التحديدات والتدخلات القليلة التى تستهدف الحد من غلواء الفردية، وتحمى الطرف الضعيف ضد الطرف القوى.

ثم جاءت مرحلة الاشتراكية، وما صاحبها من أفول نجم الحرية الفردية وأفول نجم الديمقراطية ايضا، فشاعت مفاهيم التدخل، وتراجعت الحرية التعاقدية وظهرت ظواهر الاجبار علي التعاقد وفرض شروط جبرية على المتعاقدين... الخ.

ثم اخيراً مع العودة النسبية للمفاهيم السياسية الديمقراطية، منذ عهد الرئيس السادات، ثم تطور هذه العودة مع عهد الرئيس مبارك، بدأت تتراجع مفاهيم التدخل والاجبار لتحل محلها مرة أخرى مفاهيم الحرية، سواء فى قطاع الارض الزراعية، أو فى قطاع إيجار الاماكن (جزئيا)، أو فى قوانين تحرير التجارة الداخلية والخارجية، أو فى قطاع الاستثمار، أو قطاع خصخصة القطاع العام، ومشروعات تعديل قوانين العمل... الخ.

رابعاً - تأثير العوامل الاقتصادية:

يعتبر العامل الاقتصادى من أهم العوامل المؤثرة فى القانون، فالاهداف والمشكلات الاقتصادية لابد أن تجد صياغتها فى إطار مبادئ وتنظيمات قانونية مناسبة. فالقانون هو الذي يلبي احتياجات المجتمع وأفراده. ولابد أن يواكب كل ذلك باستمرار. ففى بداية النظام الرأسمالى الحديث، وحيث لم تكن الدولة تتدخل إلا فى أضيق الحدود، كان لابد من خلق الادوات القانونية اللازمة لتحقيق مفاهيم هذا النظام، لذلك ارتبط هذا النظام منذ البداية بمبادئ قانونية اساسية، كمبدأ حرية التملك، وحرية التعاقد.. الخ

كما أن العلوم القانونية كانت ملازمة دائمة لكل تطور اقتصادى، فهى تقدم له الوسائل الفنية التى لابد منها، ومن قبيل ذلك تقديم نظام الشخصية الاعتبارية بصفة عامة ونظام الشركات بصفة خاصة.

وقد تزايد وضوح الارتباط بين القانون والاقتصاد مع تعقد المشاكل الاقتصادية وتزايد دور الدولة فى تنظيم وترتيب اوضاع العلاقات القانونية.

وتمثل نظرية الالتزام أهم صورة لهذا الربط فهى الوعاء الاساسى للروابط القانونية، خاصة ما كان مصدره العقد، بحسبانه أهم مصادر الالتزام عموما. وقد ظهرت مع الازمات الاقتصادية - كما سبقت الاشارة - ظواهر قانونية لا يعرفها النظام الفردى القائم على الحرية - مثل الاجبار على التعاقد، والعقد الموجه والتسعيرة الجبرية، وفرض حد ادنى للاجور، والحد الاقصى للاجرة فى ايجار المساكن والأرض الزراعية.

خامساً - ظهور مشكلة حماية المستهلك كمظهر حديث للحماية العقدية:

ظهرت مشكلة حماية المستهلك فى نظرية الالتزام نتيجة التعقد الفنى للمنتجات الحديثة من ناحية، ونتيجة للتفاوت بين المستهلكين والموزعين فيما يتعلق بالمعلومات العقدية وظروف ابرام الاتفاقيات بصفة عامة. فقد تبين للفقه الحديث أن المستهلك العادى غالباً ما يقف موقفاً ضعيفاً يحتاج إلى حماية مشددة قِبَلَ البائع المحترف. فالمستهلك يجهل في كثير من الحالات خبايا السلع التقنية الحديثة، ويحتاج إلى من يرشده ويأخذ بيده عندما يتعاقد عن أمور يجهل ظروفها وملابساتها. ومن هنا ظهرت اتجاهات حديثة لحماية المستهلك فى إطار نظرية الإلتزامات. وقد ظهرت فى بعض الدول المتقدمة قوانين خاصة بحماية المستهلك. ومن هذا القبيل فى فرنسا القانون رقم ١١٣٧ الصادر فى فرنسا فى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ والمعدل بالقانون ٤٢١ فى

٢٣ يونيو سنة ١٩٨٩ فى شأن البيوع التى تتم فى المنازل، ثم القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٨ الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٨٨ الخاص بالشراء عن طريق التليفون، والقانون رقم ٤٢١ الصادر فى ٢٣ يونيو سنة ١٩٨٩ الخاص بإعلام وحماية المستهلك فى مواجهة بعض البيوع التجارية.. إلخ وتهدف هذه القوانين جميعاً إلى تحقيق أمرين هامين للمستهلك.

الأمر الأول هو حماية المستهلك في مواجهة المنتج أو البائع المحترف وهو بطبيعة الحال فى مركز أقوى من المستهلك، من نواح عديدة. ومن هذه الجوانب إعطاء المشترى فى البيوع المنزلية حق خيار العدول بعد فترة وجيزة من الشراء، أو ضرورة التبصير والإعلام فى بعض أنواع البيوع المعقدة. والأمر **الثانى** هو حماية المستهلك غير الملم بظروف التعاقد المعقدة : حمايته من نفسه بإعطائه مهلة للتدبر والتفكير قبل أن يحسم أمر التعاقد بصفة نهائية.

القانون المدنى وحماية المستهلك:

ويلاحظ أن هذه الحماية الحديثة ليست غريبة عن النظرية التقليدية للالتزامات في القانون المدنى. فقد أثبت تطور القانون المدنى منذ مولده انه المرآة الصادقة لحاجات المجتمع ومقتضيات استقراره. وقد حفل هذا القانون بمجموعة من المبادئ التى تسعى إلى تحقيق تلك الغايات فى إطار توازن دقيق يحاول أن يوفق بين مقتضيات العدالة ومقتضيات الاستقرار. ومن هنا كانت المبادئ الكلية الشاملة الأساسية فى أن الإرادة هى أساس القوة الملزمة للعقد، وأن العقد هو شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضاء طرفيه. وقد اعتبر الفقه ابان القرن التاسع عشر أن هذه المبادئ هى قوام النظام القانونى وسند فعاليته، بل انها هى سند نجاح النظام الاقتصادى ككل، انطلاقاً من الإيمان بالمذهب الفردى، باعتباره عقيدة سياسية واقتصادية وقانونية. غير

ان التجربة لم تتأخر في اظهار عيوب الإطلاق فى تطبيق مبادئ الحرية الفردية المسرفة في معانيها، الظالمة لبعض المتعاملين. وقد حدد الواقع أوجه هذا الظلم فى الكشف عن أن بعض المتعاملين يشكلون طبقة ضعيفة اقتصادياً لا تستطيع أن تدافع عن مصالحها فى مواجهة المتعاملين الأقوياء اقتصادياً، وليس أمامها، بسبب حاجاتها وضعفها الاقتصادى، إلا أن تبرم العقد مهما كان مجحفاً فى مضمونه وشروطه، وأياً كان وجه الظلم الذى يسفر عنه.

لذلك بدأت إرهاصات فكر جديد يحاول أن يقيد من مظاهر وآثار مبدأ سلطان الإرادة وحرية العقد. ثم تبلور التطور بمرور الوقت فى محاور محددة تتجه إلى الانصاف والعدالة، وتحقيق التوازن بين أطراف العقود، أو اصلاح ما اختل من هذا التوازن بعد ابرام العقد.

ولم يكن القانون المدنى المصرى غائباً عن هذه الاتجاهات التى تحمي من هو في حاجة إلى حمايته. غير أن هذا القانون له فلسفته وله أسسه الثابتة فى صدد هذه الحماية. وسوف نعرض لبعض أهم هذه الأسس موضحين مبدئياً أنها قد تفلح فى حماية المستهلك ولكنها لا تقصده وفق هذا الوصف الحديث.

نقول أنها قد تحمى المستهلك إذا تصادف وجوده فى مركز من مراكز الحماية العامة التى حددها القانون المدنى وفقاً لضوابطه، ووفقاً لأوصافه وشرائطه. وسوف نعرض لمعالم هذه الاتجاهات، القديم منها، فضلاً عن الاتجاهات الأكثر حداثة في حماية المستهلك :

(١) **تفسير الشك لمصلحة المدين** : وهو المبدأ الذى قرره القانون المدنى المصرى فى المادة ١٥١/ ١ . ويعود إقرار هذا المبدأ إلى أصل من أصول القانون هو افتراض براءة الذمة، وما يترتب عليه من أن على الدائن أن يقيم الدليل

على وجـود دينه باعـتبـار أنه يدعى خـلافاً للأصل، فـإذا وجـد شك ولم يقم الدائن بإزالته كان من حق المدين أن يفيد منه. ويوضح الأستاذ السنهورى هذا المعنى بالقـول أن الالتـزام هو اسـتثناء والاسـتـثناء لا يتـوسع فيـه، وأن النيـة المعقـولة هى ان من يلتزم إنما يلتـزم فى أضيق مـدى تتحمله عـبارات العـقد، فضلاً عن أن الدائن هو الذى يملى الالتـزام عادة، فإن أملاه مبهماً تحـمل مغبة هذا الإبهام.

غير أننا نلاحظ أن هذه القاعدة لا تعنى بالضـرورة حماية المدين باعتباره الطرف الضـعيف. ذلك لبس لا محل للوقـوع فيـه، فـالقانون المدنى يحـمى المدين بصفـته تلك فى إطـار عـلاقـة عقـدية بذاتهـا، ســواء كان هذا المدين هو الطرف الضعيف أو الطرف القوى فى مجموع عناصر العــلاقة العقـدية، أو فى مقارنة المركز الاقتصادى لأحدهما بالنسبة للآخر.

ويترتـب على هذا المنطق السابق أن المسـتهلك قـد يتصـادف وجوده فى مركز المدين فيستفيد من قاعدة التفسير المشار إليها، ولكنه يستفيد منها بوصفه مديناً، يستوى فى ذلك أن يكون طرفـاً ضعيفاً أو قوياً، أى أنه قد يسـتـفيد منها بصفة عرضية، تماماً كما قـد يستفيد المنتج أو البائع أو الموزع إذا توفر له مركز المدين فى مواجهة شرط غامض.

(٢)**نظرية الظروف الطارئة**: وهى النظرية التى أودعها القانون المدنى نص المادة ٢/١٤٧ «مع ذلك إذا طرأت ظروف استـثنائية عامـة لم يكن فى الوسع توقـعـها وترتب علـى حدوثهـا أن تنفيـذ الالتـزام العقـدى، وإن لم يصـبح مستحـيلاً، صار مرهقاً للمـدين بحيث يهدده بخسارة فادحـة، جاز للقاضى، تبـعـاً للظروف، وبعـد الموازنة بين الـطرفين، أن يرد الالتـزام المرهق إلى الحـد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وتمثل هذه النظرية محوراً ثانياً من محاور الحماية القانونية لأحد المتعاقدين ضد النتائج التى تترتب على اختلال التوازن الاقتصادى للعقد، فيما بين وقت إبرامه ووقت تنفيذه، نتيجة ظروف طرأت، وكانت عامة واستثنائية، وأدت إلى صيرورة تنفيذ الالتزام مرهقاً. وهنا يجنح القانون إلى نوع من العدالة الاقتصادية والعقدية، ويعطى للقاضى، حماية للطرف المضرور اقتصادياً، سلطة إما بوقف العقد وإما بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وإما بإنقاص الالتزام المرهق.

ولكن يلاحظ أن منطق هذه النظرية، وبالتالى فلسفة القانون المدنى فى شأنها، هو حماية الطرف المضار من نتائج الظرف الطارئ من منظور الصفقة التى أبرم فى شأنها العقد فحسب. بمعنى أنه لا ينظر فى تطبيقها إلى المركز المالى العام للمضرور من الظرف الطارئ، فهو يستفيد من النظرية ولو كان هو الطرف الأقوى مالياً واقتصادياً، سواد كان منتجاً أو مستهلكاً أو موزعاً أو بائعاً. فالعبرة فقط بكون ذلك الطرف المتعاقد فى علاقة عقدية بذاتها واختل التوازن العقدى ضد مصالحه، وفى صدد هذه الصفقة موضوع الفحص وحسب. وعادة ما يكون مورداً لسلعة على مدى فترة زمنية طويلة.

وبالتالى، وكما أشرنا فى موضع سابق، قد يستفيد المستهلك من هذه النظرية، ولكن بصفة عرضية، إذا تصادف، نادراً، ان وجد في المركز القانونى الذى تقصده هذه النظرية، وبالأوصاف والشرائط والضوابط التى وضعها المشروع.

(٣) **نظرية عقود الإذعان:** تعتبر نشأة هذه النظرية نتيجة لبعض الإسراف فى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وإطلاق قالة أن العقد شريعة المتعاقدين ذلك أن تلك المبادئ الجيدة فى ذاتها، إنما تستند إلى مفترض التوازن فى القوى بين

المتعاقدين. فحرية التعاقد تفترض حرية كاملة للاختيار بين بدائل كثيرة ومتاحة، فضلاً عن القدرة على المفاوضة والمساومة. غير أن العمل أثبت أن هناك من العقود ما لا تتوافر فيه مفترضات حرية الاختيار، لتعلقه بسلعة ضرورية لا غنى عنها، يحتكرها أحد المتعاقدين، الذى يملى شروطه على المتعاقد الآخر. وهذا الأخير لا يملك إلا أن يذعن لشروط الطرف القوى وإما أن يستغنى عن سلعة عادة لا غنى عنها. وقد تدخل القانون المدنى لحماية الطرف المذعن فنص فى المادة ١٠٠ «على أن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» ثم نص فى المادة ١٤٩ «على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها. وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». كما نصت المادة ٢٥١/ ٢ مدنى «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

والحقيقة أن هذه النظرية غاية فى الجودة واتساع الأفق من جانب المشرع المصرى. وأوضح ما يستلفت النظر فيها هو نص المادة ١٠٠ مدنى التى وضعت تحديداً عاماً لعقد الإذعان بأن القبول فيه يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها. وهى فكرة سهلة وبسيطة، وتتسع لما قد يسفر عنه التطور الاقتصادى، ويمكن بالتالى أن تكون مرتكزاً جيداً لحماية المستهلك. ذلك أن العقود النمطية المعدة مقدماً، والتى لا يقبل فى شأنها الموجب مناقشة، قد أصبحت ظاهرة واسعة الانتشار والتى لا تقتصر على نطاق دون آخر. بل ان ضخامة الإنتاج الحديث وظهور الشركات الضخمة عبر الدول، وانتشار ظاهرة التعاقد عن طريق الكمبيوتر

والأجهزة الحديثة. كل ذلك لم يدع مجالاً كبيراً للمساومة أو المفاوضة.. بل على العكس ترك المجال فسيحاً أمام انتشار ظاهرة العقود النموذجية المطبوعة فى شأن سلع وخدمات كثيرة أصبحت فى معظمها ضرورية لحياة المستهلك، ومنها عقود النقل وعقود الإئتمان وعقود منح الوكالات التجارية وعقود التأمين بأنواعه المختلفة.. إلخ.

ولذلك تبدو هذه النظرية هى الأكثر استعداد لتوفير حماية فعالة للمستهلك. ولكن هذا الأفق الجيد تعرقله فى مصر اتجاهات محكمة النقض المصرية. وهى اتجاهات تقليدية تذهب إلى التزيد فى شروط تطبيق فكرة الإذعان. ومن أهم صور هذا التزيد، وأكثرها إعاقة لتوسيع مجال النظرية ذلك الشرط الذى يقتضى أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة من السلع أو الخدمات التى ينطبق عليها وصف الضرورات الأولية والتى لا غنى عنها لمجموع الناس، والتى يحتكرها الموجب فعلاً أو قانوناً. وهى أفكار غريبة كانت تتفق مع النظرية القديمة التى كانت تتحفظ فى كل ما يقيد من مبدأ سلطان الإرادة، ولكنها اليوم تضحى شاذة فى وقوفها فى وجه حماية المستهلك وفق مفهوم واسع لنظرية الإذعان

(٤) **السكوت والتدليس**: يعتبر الغلط، الناتج عن التدليس، فى القانون المدنى سبباً من أسباب إبطال العقد. غير أن التدليس المقصود أصلاً هو ذلك الذى يتم باستخدام وسائل مادية ملموسة. لذلك لا يعتبر مجرد الكذب على المستهلك تدليساً، إذ لا تقوم به الوسائل المادية التدليسية. ومع ذلك فإن الكذب قد تصاحبه ظروف ترقى به إلى مستوى الوسائل الاحتيالية التى تجيز إبطال العقد «إذا توافرت شروط التدليس الأخرى». ذلك أن من عقود الاستهلاك كثرة تقتضى قدراً وافراً من حسن النية والثقة المشروعة فى التعاقد،

وهى عقود يمكن أن تسمى «عقود الأمانة العقدية» أو كما يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية «بيوع الأمانة». وتُلقى الثقة المشروعة في التعاقد واجباً على أحد المتعاقدين أن يدلى للمتعاقد الآخر ببيانات معينة عن محل العقد، أو عن ملاءمته لاحتياجاته، أو عن خطورة بعض جوانب استخداماته. وقد انتهى الفقه الحديث، خاصة فى مجال حماية المستهلك، إلى تحديد هذا الواجب فى صورة الالتزام بالتبصير، والإلتزام بالتحذير، والإلتزام بالنصيحة.. بل وصل الأمر إلى حد تحميل أحد المتعاقدين واجب أن يمتنع عن التعاقد مع المستهلك ولو صمم هذا الأخير على التعاقد، مادام العقد لا يحقق للمستهلك مصالحه، أو لا يتفق مع احتياجاته، أو يمثل بالنسبة له أو لأمواله خطراً جسيماً[1].

ويتوافر هذا المنطق السابق عندما يكون التوازن مختلاً بين المتعاقدين من حيث القوة، أو من حيث الإلمام بالمعلومات الفنية الخاصة بموضوع التعاقد.. وقد أدت هذه النظرية الجديدة إلى الاعتداد بالسكوت فى بعض الحالات باعتباره موجباً للمسئولية، على أساس أنه يكون اخلالاً بالإلتزام بالنصيحة، أو الإلتزام بالتبصير، أو الإلتزام بالتحذير، بحسب الأحوال.

ولقد كان لهذا التطور صدى فى القانون المدنى المصرى الذى نص فى المادة ١٢٥ / ٢ على أن يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

ومع ذلك فإن هذا النص بحالته - وفى حدود صياغته - يبقى قاصراً عن إسباغ حماية واسعة بالنسبة لجمهور المستهلكين لأنه يشترط أن يكون السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة.. إلخ أى أن هذا النص يصب فى صورة

(١) راجع: نزيه المهدى، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة ١٩٨٢.

محددة تنتمى إلى الخداع والغش الصريحين. ونحن حين نتحدث عن المستهلك وحمايته إنما نسعى إلى آفاق أكثر رحابة، ونستهدف أن يصب الأمر فى نطاق الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية بصفة عامة، بما يضع على عاتق المنتج، أو الموزع، أو البائع، التزاماً إيجابياً بالتعاون، أى أن يأخذ بيد المستهلك وأن يبصره، وصولاً معه إلى تعبير أفضل عن رغباته، وتحقيقاً أكثر أمناً وسلامة لاحتياجاته. فالأمر لا يجب أن يقف عند حد المساءلة عن السكوت العمدى بضوابطه الواردة فى نظرية التدليس، بل يجب أن يتجاوز ذلك إلى نظرية عامة للتعاون والإفصاح والتبصير الإيجابى.. وهو ما وصل معه بعض القضاء فى فرنسا إلى حد القول بوجود إلتزام بعدم إبرام العقد مع المستهلك، إذا كان ضاراً بمصالحه، أو غير محقق لأغراضه.

(٥) حماية المستهلك من الشروط التعسفية فى العقد: لم تسفر شروط ونظريات القانون المدنى إلا عن حماية جزئية للمستهلك. حماية لا تتناسب مع تعقد العلاقات العقدية الحديثة. لذلك اتجه القضاء فى فرنسا إلى إعمال رقابته على بنود ووثائق التعاقد الذى يبرم مع المستهلكين.

ومن ذلك ما تطلبته بعض الأحكام من ضرورة كتابة الشروط الهامة والمؤثرة بطريقة تسهل معها القراءة. وقد طبق القضاء الفرنسى هذه القاعدة بوجه خاص، بالنسبة للعقود المطبوعة المعدة سلفاً. وبالتالى فإن القاضى يستطيع مثلاً أن يستبعد الشرط الذى يتعذر قراءته بسهولة، خاصة إذا كان المستهلك أمياً، أو غير متخصص فنياً، مما يتعذر معه عليه قراءة الشرط وإدراك أهميته. ومن ذلك ما قضى به سنة ١٩٦٣ من عدم الإعتداد ببند تعديل الاختصاص المكانى المكتوب فى عقد بيع صيدلية حيث كان الشرط مكتوباً بشكل هامشى بطريقة لا تكاد تقرأ. كذلك ما قضى به من عدم الاعتداد

بالشرط التعاقدى المدون فى جزء من الصفحة تال للتوقيع.. وقد استخدم القضاء فى الوصول إلى هذه النتيجة أسلوباً فنياً يقوم على أن للقضاء أن يراقب مدى توافر رضاء حقيقى من جانب المستهلك بالنسبة لكل بند من بنود العقد. كذلك قضى بأنه رغم ورود بعض الشروط ضمن بنود العقد (عقد قرض) إلا أن الثابت أن المقترض لم يكن بإمكانه الإطلاع عليها وفهم مضمونها وتقدير مداها نتيجة لدس الشركة لها بين محتوى ثلاث صفحات مطبوعة ببنط يصعب قراءته بدون الاستعانة بعدسة مكبرة. وان هذه الوثائق لم توضع تحت تصرف العميل إلا لحظة توقيع العقد، بحيث لم يكن لديه الوقت الكاف للعلم بمحتواها.

وأخيراً استعان القضاء الفرنسى لحماية المستهلك بفكرة الشروط غير المعقولة (بقصد استبعادها).

وفى هذا المجال يتدخل القضاء لاستبعاد أو تعديل الشروط غير المعقولة.. وهو هنا يراقب مضمون الشرط ومداه من الناحية الموضوعية ولكن يجب أن نلاحظ فى هذا المقام أن القاضى يمارس سلطته بحذر شديد وتحت بند سلطته فى التحقيق من توافر قبول المستهلك أو عدم قبوله للشرط. ومعنى ذلك أن عدم معقولية الشرط تكون قرينة مبدئية على عدم توافر رضاء حقيقى بالشرط غير المعقول. (راجع: حسن جميعى: اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، دار النهضة ١٩٩٠/ ١٩٩١).

(٦) حماية المستهلك ضد الإعلانات الكاذبة أو الخادعة: يعتبر الإعلان من أهم وسائل التسويق التجارى الحديثة. وهو يروِّج للسلع و الخدمات على اختلاف أنواعها. بل انه فى العصر الحديث يساهم فى خلق حاجات استهلاكية متجددة لم يكن المستهلك ليفكر فيها إلا بعد تعرضه للحملات

الإعلانيـة المكثفـة. لذلك يعرف الإعـلان بأنه فن إغراء الأفراد بـالإقدام على سلعة معينة أو باتخاذ مسلك معين.

كثرة وتنوع مشاكل الإعلان بالنسبة للمستهلك:

١ - قد لا يقتصـر الإعلان على جذب العملاء لخدمة أو سـلعة معينة، بل قد يتجـاوز ذلك إلى تثبيط همـتهم فى الإقـدام عـلى سـلعة منافسـة قد لا تكون أقل جـودة، بل قـد تكون الأفـضل فى بعض الحـالات. لذلك بدت تلك مشكلة أولى بالنسبة لجمهور المستهلكين.

٢ - تتمثل المشكلة الثانية فى الإعـلان الخادع. وهى أخطر ما يتعرض له المستهلك من أضرار. ويـتخذ الخداع أشكالاً مختلفة. منهـا تضليل المستهلك بتـقديم بيـانات كاذبة عن السلعـة أو الخدمـة موضـوع الإعلان.. وقـد يكون الكذب بالكتمـان، أى بحجب بعض الحقـائق التى يهم المستـهلك الإلمام بها. كما قد يتـخذ الخداع صـورة الاسـتعانة بشهادات المتخـصصين من الباحثين أو العلماء أو الاسـتعانة بنجـوم السينما أو الكـرة..إلخ. وكل ذلك قد يعطى للإعلان مضموناً أكثر من الحقيقة بالنسبة للسلعة أو الخدمة المعروضة.. فضلاً عن أن الإسـتعـانة بمثل هذه الفـئـات قد يـتم بمقابل مـالى ضـخم لا تكون للباحث أو الـنجم معه مـصلحة فى التـحقق من صدق المعلومـات التى تلقى على لسانه.

كذلك الحـال فى الإعلانات التى قد تستـخدم مؤثرات بصـرية أو لفظية مضللة. ومن ذلك أن يتـجه الإعلان إلى التركيـز على بيع سلعة مغـرية بسعر زهيد.. ثم يتـبين أن الهدف الرئيسى المقصـود هو جذب العملاء لمقـر الشركة لتوجيه أنظارهم لشراء سلع أخرى ذات ربحية عالية.. وانه لم يعرض السلعة المعلن عنها إلا فى حدود كمية محدودة للغاية.

٣ - يعتبر من مخاطر الإعلان أيضاً ما يسمى الإعلان الذى يؤدى إلى الخلط بين سلعة المعلن وسلعة أخرى مشهود لها بالجودة، مما يؤدى إلى وقوع المستهلك فى الغلط، ويلحق به ضرراً مؤكداً عندما يشترى السلعة المعلن عنها بدلاً من السلعة المشهود بجودتها، والتى كان يقصدها حقيقة. وقد يستخدم المعلن فى هذا اللبس علامات تجارية متقاربة إلى حد قد يدق على الجمهور العادى للمستهلكين التمييز بينها.

وفى جميع هذه الحالات السابقة وغيرها من صور التضليل الإعلانى يحتاج المستهلك إلى حماية مشددة. وهذه الحماية يتم تحقيق بعضها من خلال دفاع الشركات ذات الإنتاج المتميز عن نفسها ضد كل إعلان يؤدى إلى الخلط أو اللبس.

ولكن الأمر يحتاج إلى نوع من ميثاق الشرف الذى يجب أن تلتزم به الصحف ووسائل الإعلام المختلفة. وضرورة التزامها بأن تكون اعلاناتها حماية المستهلك من الغش والخداع الإعلانى، وأن يكون هذا الإلتزام أحد ضوابط نشاطها الرئيسية.

الفصل الثالث

مميزات نظرية الإلتزام

تتميز نظرية الالتزام كما أوردها القانونين المدنى المصرى والفرنسى بعدة خصائص من أهمها : التوازن العادل فى أحكامها. ذلك ان استعراض المبادئ الكلية التى تقوم عليها هذه النظرية يظهر بوضوح أن المشرع قد حرص من خلالها على تحقيق أكبر قدر من التوازن بين مصالح المتعاقدين، أو أطراف العلاقات القانونية بصفة عامة. ويتبين ذلك من عدة اتجاهات أوردها القانون المدنى ضمن نصوصه العديدة :

(١) الحرص على تحقيق الأمن الفردى والجماعى :

وتبدو هذه الخاصة واضحة تماماً فى استعراض ما آل إليه تطور نظرية المسئولية المدنية سواء ما كان منها عقدياً أو غير عقدى.

ففى إطار المسئولية العقدية حرص المشرع المدنى على إرساء مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه (م١٤٧ مدنى) وهو مبدأ كلى يدعم قاعدة الاستقرار فى العلاقات العقدية. ويعنى أن العقد نزل بين أطرافه منزلة القانون، لذلك قضت محكمة النقض ان الخطأ فى تطبيق نصوص العقد هو خطأ فى تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض (١٦/ ١٢/ ١٩٣٧ مجموعة القواعد فى خمسة وعشرين عاماً ص ٨٥٧). كذلك الحال حين تنص المادة ١٤٨ مدنى على تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

أما فى نطاق المسئولية التقصيرية فقد تطورت مقتضيات تحقيق الأمن بشكل واضح من خلال تطور أشكال المسئولية التقصيرية وصورها. فقد لحق بفكرة الخطأ تطور هام تعلق بتسهيل استظهاره حماية للمضرور،، بدأ من فكرة الخطأ المفترض وصولاً إلى المسئولية القائمة على تحمل التبعة (المسئولية عن فعل الأشياء). كما عرف ركن السببية تطوراً هاماً فيما عرف حديثاً بالسببية الاحتمالية، والتى تقتضى مساءلة الشخص عن نتيجة لا تربطها بالخطأ سببية مؤكدة بل مجرد احتمالية، بمعنى مساءلته لاحتمال انه لو لم يخطئ ربما ما كانت النتيجة الضارة قد تحققت (حمدى عبد الرحمن فى بحث عن معصومية الجسد). وكذلك فى شأن ركن الضرر إذ عرف التطبيق الحديث فى فرنسا ما يسمى بالضرر المتمثل فى فقدان بهجة الحياة.. فضلاً عما بدأ يستقر فى شأن التعويض عن فوات الفرصة سواء كانت فرصة نجاح فى مسابقة، أو فى إبرام عقد، أو فى البقاء على قيد الحياة فى حوادث المساس بسلامة الجسد.

(٢) الحرص على العدالة المتوازنة دون اسراف:

تحرص نظرية الالتزام على تحقيق العدالة دون أن تتقيد فى كثير من الحالات بالعدل الشكلى أو المجرد. فقد حفلت نصوص القانون المدنى بقواعد تجنح إلى هذا الاتجاه. ومن ذلك ما نصت عليها المادة ٣٤٦/ ٢ من القانون المدنى من أن للقاضى، ما لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم. فالقانون هنا لا يتمسك بالقاعدة الأصولية فى حتمية تنفيذ الالتزام فى أجله المضروب فى الإتفاق، بل يعطى للقاضى سلطة

أن يراعى مقتضى الرحمة والعدالة فى جانب المدين، بإعطائه نظرة الميسرة، دون أن يغفل مصلحة الدائن وذلك باشتراط ألا يلحقه من التأجيل ضرر جسيم. وهو توازن دقيق وعادل بين فكرتين قد يبدو أنهما متعارضتان من حيث المبدأ. كذلك نجد مثالاً آخر فى سلطة القاضى فى أن يعدل عن التنفيذ العينى إلى التنفيذ بطريق التعويض إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين بشرط ألا يلحق الدائن من جراء هذا العدول ضرر جسيم (م٢٠٣/ ٢ مدنى) وهو ذات منطق التوازن وذات ميزاته الدقيقة. كذلك الحال فى تبنى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق، وسلطة القاضى فى تطبيق جزاء عيب الاستغلال، وفى تقدير الشروط التعسفية فى عقد الإذعان، وفى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

(٣) السعى إلى تحقيق الاستقرار:

يعتبر الاستقرار من الأهداف الرئيسية للنظام القانونى. فالأمن، والعدل، والاستقرار، هى قيم لا يجوز، بل لا يتيسر، فصل بعضها عن البعض الآخر. لذلك فإن حاجة المجتمع إلى الاستقرار هى بحجم حاجته إلى العدل والأمن.

وفى سبيل تحقيق هدف الاستقرار يسخر النظام القانونى مبادئه المتعددة ويضع أساليب مختلفة.

ولعل من أهم المبادئ، التى نذكرها على سبيل المثال، التى تستهدف الاستقرار فى المقام الأول، مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين. والمبدأ يحقق استقرار العقود والتصرفات القانونية فيما يجرى بين الأفراد من معاملات، وهو يفرض على كل طرف، فى عقد أو تصرف قانونى، أن يلتزم بما يقضى به الاتفاق، بحيث لا يجوز له أن ينقض الاتفاق أو أن يعدله بإرادته المنفردة.

ومن المراكز القانونية، التى تنشأ عن الاتفاقيات الفردية، ما يمس النظام العام بصفة مباشرة، مثل المركز القانونى الناشئ عن عقد الزواج. وفى مثل هذه الحالة يتدخل القانون ليحد من حرية أطراف العلاقة القانونية فى تعديل آثار المركز القانونى أو فى الغائه، وذلك بفرض مجموعة من القيود فى تعديل آثار المركز القانونى أو فى الغائه، وذلك بفرض مجموعة من القيود والحدود التى تقتضيها المصلحة العامة، وهنا يبدو مقتضى الاستقرار أكثر الحاحاً نظراً لتعلق الأمر بالنظام العام.

ومن ناحية أخرى يتخذ القانون سبلاً فنية متعددة لتحقيق الاستقرار المشار إليه.

فمن ناحية أولى تقتضى فكرة الاستقرار أن يتوافر فى القواعد القانونية وصف العمومية والتجريد، بحيث تتجه بخطابها إلى أشخاص غير معينين بذواتهم، بل بصفاتهم، أو لتوافر شروط موضوعية مجردة فيهم. فمع توافر هذه الخاصية يصبح القانون أكثر قدرة على الإقناع، وأكثر قدرة على استقطاب الانضباط الاجتماعى.

ومن ناحية ثانية، يرتبط تحقيق الاستقرار بفكرة الجزاء، فالجزاء ملازم للقاعدة القانونية، ولا غنى عنه لتحقيق أهدافها. وكلما كان الجزاء فعالاً ومناسباً لتحقيق الهدف المنشود، كلما أصاب القانون أكبر قدر من النجاح.

ومن ناحية ثالثة، يرتبط الاستقرار بوجود مؤسسات تقوم عن تطبيق القانون بأكبر قدر من الاحترام والفعالية ومن أهم هذه المؤسسات الجهاز القضائى.

الاستقرار والأوضاع الفعلية:

والقانون فى سعيه إلى تحقيق الاستقرار، السابق الإشارة إليه، إنما ينشد الاستقرار فى ظل الشرعية، أى الاستقرار عن طريق حماية العدل وفقاً للمفهوم القانونى العام. غير أن النظام القانونى قد يتجه، فى بعض الحالات، إلى تحقيق نوع آخر من الاستقرار لا يتفق مع المنطلق العام لفكرة العدل، وذلك حيث يتجه إلى تسوية بعض المراكز الفعلية (غير القانونية) على نحو يرجح فيه مصلحة أحد أطراف المركز على حساب طرف آخر، وهو ما نلمسه فى أنظمة التقادم، ونظام حماية الأوضاع الظاهرة.

فوفقاً لنظام التقادم المكسب تثبت ملكية الشئ أو الحق العينى لمن حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له، كذلك من حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة (مادة ٩٦٨ مدنى). فإذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن النية (وقت تلقى الحق)، ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم تكون خمس سنوات. (م ٩٦٩ مدنى)

كما تقف فكرة استقرار المعاملات خلف نظام التقادم المسقط للإلتزام خاصة التقادم الطويل الذى يستند - فى إسقاط الإلتزام - إلى مفهوم حسم المنازعات، ولو لم يكن المدين قد أوفى بالتزامه.

وتطبيقاً لهذا النظام الأخير يتقادم الإلتزام (أى يسقط بعدم المطالبة باستيفائه) بمضى خمس عشرة سنة من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء، وقد يتقادم الالتزام بمدد اقل. (راجع: مواد ٣٧٤ مدنى وما بعدها).

حماية الأوضاع الظاهرة:

الأصل أن حماية القانون لا تتوفر إلا بالنسبة للأوضاع المتفقة مع صحيح حكم القانون، وبالتالى فإن أية أوضاع غير قانونية لا تستحق الحماية المذكورة. ولكن القانون يخرج على هذه القاعدة، فى حالات معينة، حماية لأوضاع يقدر انها، على سبيل الاستثناء، جديرة بالحماية، لحكمة تتعلق بالاستقرار فى التعامل. ويتحقق هذا الاتجاه فى حماية ما يسمى بالوضع الظاهر.

ويقوم الوضع الظاهر على حقيقة لا يحميها القانون، ولكنه، أى الوضع الظاهر، يوهم، فى تعبيره عن نفسه، أمام الناس، بأنه مركز يتفق مع حكم القانون.

ومن تطبيقات هذه الفكرة:

- ما نصت عليه المادة ٣٣٢ من القانون المدنى من أنه «يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم مخالصة صادرة عن الدائن، كما تقضى المادة ٣٣٣ مدنى على انه «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا... أو تم الوفاء، بحسن نية، لشخص كان الدين فى حيازته.

ففى هذه الفروض يستوفى الدين استناداً إلى وكالة وهمية أو مزورة أو باطلة، كأن يختلس شخص ايصالات معدة للتحصيل ويتقدم بها إلى المدين لاستيفاء الدين.

كذلك الحال فى شأن حماية التصرفات الصادرة من الوارث الظاهر ومثالها «أن تستقر أموال التركة، أو جزأ منها، فى ذمة شخص، ثم يظهر فيما بعد مانع من موانع الوراثة، مثل ثبوت قتل الوارث للمورث، أو أن يظهر من هو أقرب للمورث ويحجب الوارث الأول.

وفى هذا الفرض تتم حماية الغير الذى تعامل مع الوارث الظاهر استناداً إلى فكرة الوضع الظاهر، وعلى أساس أن الغلط الشائع يولد الحق.

(٤) شمولية قواعد الالتزامات وطابعها المنطقى والعلمى:

تمثل نظرية الالتزام كما سبق القول العمود الفقرى للقانون المدنى، ولهذا السبب حازت على اهتمام واضح من الفقه ومن رجال فلسفة القانون منذ القانون الرومانى وحتى الآن. واعتبر الكثير منهم هذا الصرح القانونى نموذجاً للبحث العلمى على مر العصور، فضلاً عما اتسم به من بناء منطقى. ومن هنا بدأ البعض في محاولة وصف هذه النظرية بأوصاف عديدة، وقد وصفها بعض رجال الفقه التقليدى فى فرنسا بأنها من بين جميع الأعمال التشريعية تمثل أكثر الأبنية القانونية تجريداً وعلماً نظرياً، فضلاً عن انها تتجه إلى التعبير المثالى عن المنطق القانونى[1].

وقد أدى هذا التأمل المشوب بالإعجاب إلى نوع من التقديس فى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين للنصوص القانونية خاصة تلك المتعلقة بالقانون الألمانى باعتباره عملاً علمياً فائق الجودة مما أدى بدوره إلى الاعتقاد فى شمولية وعالمية نظرية الإلتزام.

غير أن هذه النظرية غير الواقعية لم تكن سوى عقيدة عارضة لم تصمد أمام اعتبارات الزمان، ولم تثبت حقيقتها فى أى بلد من البلدان. ذلك ان نظرية الالتزام، بحسبان انها تعبر عن صياغة منطقية وعلمية لأحكام الروابط القانونية بين الأشخاص، لابد أن تتطور من حيث الزمان ومن حيث المكان.

---

(١) مسائل فى دراسة عن النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى، وراجع فلور واوبير، رقم ٦٤.

وقد سبق لنا أن عرضنا للمظاهر المتعددة لهذا التطور وللعوامل المختلفة والمتعددة المؤثرة فيه سواء تعلقت بالعقيدة السياسية أو بالاعتبارات الاجتماعية أو الاقتصادية.. إلخ.

ومن ناحية أخرى فإن من الصحيح أن نظرية الالتزام تقوم على المنطق، ونظرة إلى قواعد القانون المدنى المصرى تثبت انه حافل بالقواعد التى تعبر عن المنطق البشرى السليم، مثل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتى ما هى إلا تعبير عن منطق الوفاء بالعهود، وقاعدة الغش يفسد التصرفات، وقاعدة انه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، لا تكليف بمستحيل، والشك يفسر لمصلحة المدين، ونظام الإثراء بلا سبب.. إلخ[١].

ولكن إعمال المنطق لابد أن يختلف فى قليل أو كثير من بلد إلى آخر، ولابد أن يتأثر أحياناً بظروف مختلفة. مثل ظروف الثورات والحروب والظروف الاقتصادية، فضلاً عن الاعتبارات الأخلاقية والدينية والعقائدية التى تختلف من بلد لآخر[٢].

مصادر الالتزام:

ذهب الفقيه الفرنسى "جوسران" إلى أن الالتزام، ليس له سوى مصدر وحيد هو القانون. فالقانون هو الذى يسبغ على الإرادة أو على وقائع معينة قدرتها على خلق الالتزامات بين الأشخاص. ولذلك فإن القانون هو فى نهاية المطاف المصدر الحقيقى لتلك الالتزامات. غير أن هذا الرأى لم يلق قبولاً لدى الفقه فى معظمه كما أنه يتضمن مغالطة وخلطاً لا يصمدا أمام النقد.

---

(١) راجع حمدى عبد الرحمن - فكرة القانون.

(٢) راجع أحمد حشمت أبو ستيت رقم ٤، وفلور واوبير رقم ٦٦ وما بعدها.

فالقانون حين يحدد بطريقة وضعية مجموعة معينة من الالتزامات فإنه إنما يفعل ذلك باسلوب مجرد فى مواجهة جمع غير محدد من الناس، أى فى مواجهة أفراد غير محددين بذواتهم، إنما محددين بوجودهم فى مراكز قانونية بذاتها. فمثلاً توجد التزامات مصدرها القانون على عاتق الآباء فى مواجهة أبنائهم، كما توجد التزامات على عاتق كل من يقود مركبة أو سيارة، أو على عاتق الأزواج فى مواجهة زوجاتهم، أو الأوصياء قبل المشمولين بوصايتهم. وبالنسبة لكل مجموعة من هؤلاء يضع القانون الالتزامات وفق نمط موحد لا يختلف من زوج إلى آخر أو من وصى إلى آخر أو من قائد سيارة إلى آخر. وهنا يصح القول بأن هذه الالتزامات مصدرها القانون.

أما حيث ينشأ الالتزام بمقتضى الإرادة البشرية متمثلة فى العقد الذى يبرمه مثلاً بائع ومشترى أو مؤجر ومستأجر.. إلخ فإن الأمر يكون جد مختلف إذ أن الإرادة هى التى تدخل الأفراد فى منطقة الالتزام والقانون، وهى التى تحدد - من حيث المبدأ - حدود هذا الدخول، الذى غالباً ما يختلف من حالة إلى أخرى. فعقد البيع الذى يبرمه شخصان بذاتهما لن يكون بالضرورة مطابقاً لعقد بيع آخر بين أطراف أخرى.. وهو ما يصدق على غير البيع من العقود مثل الهبات أو عقود الإيجار أو المقايضة.. إلخ لذلك فإن الالتزامات الناشئة عن هذا المصدر الإرادى ليست ذات مضامين مجردة ،ولا تعكس أنماطاً موحدة. لذلك فإن القاضى حين يصل إليه نزاع حول عقد معين فإنه عندما يحاول أن يفسر ما غمض فيه، أو ما اختلف فى شأنه المتعاقدان، يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (م١٥٠/ ٢مدنى).

وهذا التحليل السابق ينطبق على حالة نشأة الالتزام بالإرادة المنفردة أيضاً. لذلك اتجه أغلب الفقه الحديث إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى خمس مصادر هى : العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون.

ويوصف العقد والإرادة المنفردة بأنهما مصدران إراديان، إذ أن الإرادة فى كل منهما تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين. ففى العقد تتجه الإرادتان وتلتقيا على احداث ذلك الأثر. وفى الإرادة المنفردة يكون لها ذات القيمة والأثر فى حالات معينة محددة نص عليها القانون (كحالة الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور).

أما الفعل الضار والإثراء بلا سبب فيوصفا بأنهما من المصادر غير الإرادية، بمعنى أنهما يعبرا عن وقائع تترتب عليها آثار قانونية بغض النظر عن اتجاه الإرادة إلى احداث هذه الآثار. وإلى جانب هاتين الواقعتين توجد وقائع أخرى يرتب عليها القانون نشأة التزامات محددة مثل واقعة القرابة (الالتزام بالنفقة) وواقعة الجوار (الالتزام بوضع الحدود - والحق فى المرور بالنسبة للأرض المحبوسة عن الطريق العام..). وهذه الوقائع الأخيرة هى ما ينصرف إليها الحديث عن القانون باعتباره مصدراً للالتزام.

القسم الأول

العقد

يعتبر العقد أهم مصدر إرادى للالتزام، ويعرف بأنه اتفاق إرادتين متقابلتين أو أكثر، على إنشاء التزام. ويفرق جانب من الفقه بين العقد والاتفاق، إذ يعتبر أن الاتفاق جنس والعقد نوع، وبالتالى فإن الأول (الاتفاق) له معنى أكثر اتساعاً من الثانى (العقد). فالاتفاق هو التقاء ارادتين ليس فقط على إنشاء الالتزام ولكن أيضاً على نقله (الحوالة) أو تعديله (إضافة أجل جديد) أو انهائه (الوفاء). وبالتالى تقتصر كلمة العقد على إنشاء الالتزامات وتمتد كلمة الاتفاق إلى الإنشاء وغيره من النقل أو التعديل أو الانقضاء.

غير أن هذه التفرقة بين العقد والاتفاق لم تلق قبولاً من جانب الفقه السائد، إذ لا يترتب على إعمالها أى أثر أو نتيجة قانونية. فالقانون لا يفرق فى شأن الاتفاقات والعقود بحسب ما إذا كانت تنشئ الالتزامات أو تعدلها أو تنقلها أو تؤدى إلى انقضائها، إنما تقوم التفرقة القانونية بين التصرفات باعتبار خطورتها وأهميتها بالنسبة للذمة المالية. ولذلك تختلف الأهلية باختلاف ما إذا كان التصرف بيعاً (وهو عمل دائر بين النفع والضرر)، أم هبة (وهى تصرف ضار ضرراً مطلقاً) أم إيجاراً (وهو عمل من أعمال الإدارة لا يخرج المال من الذمة) أم مجرد عمل من أعمال الحفظ (كتجديد قيد الرهن قبل أن يسقط). فأهلية البيع غير أهلية التأجير، رغم أن كل من العقدين، البيع والإيجار، ينشئ التزامات متبادلة. وأهلية الهبة هى ذات أهلية الابراء من الدين لأن كل منها عمل ضار ضرراً محضاً، رغم أن الهبة تنشئ التزاماً (عقد)، فى حين أن الابراء يؤدى إلى انقضاء الالتزام (أى أنها اتفاق عند أنصار التفرقة بين العقد والاتفاق).

ولذلك فإن هذه التفرقة بين العقد والاتفاق هى تفرقة بغير صدى من الناحية العملية، وعادة ما يستخدما كمترادفين. وعلى أية حال فإن جوهر الجامع بينهما هو العنصر الإرادى. فالعقد هو اتفاق ارادتين أو أكثر على إحداث تأثر قانونى يتبلور مبدئياً فى صورة التزامات تقع على عاتق الطرفين أو أحدهما.

ويتبين مما سبق ان العقد يقوم فى جوهره على ارادتين متقابلتين متطابقتين اتجهتا إلى إحداث أثر قانونى. وقد ينعقد العقد بين شخصين، وقد ينعقد بين أشخاص عدة. وقد يكون هذا التعدد فى الجانبين ،كما هو الحال فى عقد الشركة أو عقد القسمة، وقد يكون فى جانب واحد، كما هو الحال فى عقد بيع من عدة شركاء لمشتر واحد. غير أن هذا الجوهر السابق لا يستقيم قانوناً فى معني العقد إلا إذا اتجهت الإرادات المتقابلة إلى إحداث أثر قانونى، أى أن تتجه إلى انشاء التزام يضفى عليه القانون حمايته ويكفل له جزاءً محدداً عند الإخلال به. ومعنى ذلك ان من مقومات التعاقد فكرة الالتزام القانونى ابتداء، ثم فكرة الجبر على الوفاء مآلا، أى فى حالة عدم الوفاء الاختيارى. ويترتب على هذا التحديد الأخير ان أى اتفاق تتخلف فيه نية الالتزام، أى نية إحداث أثر قانونى، لا يستحق أن يوصف عقداً من الناحية القانونية. ومن قبيل ذلك كل اتفاق يستهدف مجرد المجاملة، أو يقوم على الهزل، أو على مجرد دعوة للاستضافة يقبلها الطرف الآخر. كذلك لا يعد عقدا الاتفاق الذى علق فيه الالتزام على محض إرادة المدين. كذلك لا يوجد عقد إذا كان الاتفاق صورياً صورية مطلقة. ذلك أن مؤدى الصورية المطلقة هو عدم اتجاه الإرادة إلى إحداث أى أثر قانونى حقيقى، فالاتفاق الظاهر لا يخفى أى حقيقة

قانونيـــة. مع ملاحظة أن وجـود العقـد فى حـالة الصـورية المطلـقـة لا يمنـع القانون مـن حماية الغير حسنـى النية اذا أجروا تصـرفات استناداً إلى الوجود الظاهرى لـلعقد، عـملاً بمـبـدأ حماية الأوضـاع الظاهرة والثـقة المشـروعة فى التعامل.

وأخيراً .. يلاحظ انه إذا قام الاتفاق، فإن الأصـل أنه قام مستوفاً لأركانه خاصـة ركن الإرادة المتـجهـة إلى إحداث أثـر قانونى. فـالأصل فى الإنـسان سلامـة الإرادة وجديتهـا فى نية التـعاقد. فإذا ادعـى أحد الطرفين انه مـعدوم الإرادة، بسبب صـغر السن أو بسـبب آفة عقليـة، وجب عليه أن يقـيم الدليل على ما يدعـيه. وإذا ادعى أن إرادته لم تكن جادة ولم تهـدف إلى إحداث أثر قانـوني وجب عليـه أيضاً أن يـقم الدليـل على ذلك. وذات الحكـم لو ادعى تعيب إرادته بإكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال، أو نقص فى الأهلية.

العقد ومبدأ سلطان الإرادة:

نظراً لأن العـقد يقوم فى جـوهره على الإرادة، أى إرادة كل من طرفـيه، فقد سادت خلال القرن التاسع عشر نظرية اتخذت اسم نظرية سلطان الإرادة ومعنـاها أن الإرادة وحدها هى صاحـبة القول الفـصل فى إنشاء الالتـزامات وتحديد آثـارها ونطاقها. ويـعود هذا السلطـان، عند أنصار هذه النـظرية، إلى عدة اعتبارات. **الأول** : يستـند إلى الحرية الفـردية فالأصل فى الإنـسان براءة الذمة، وان أحداً ليس ملزمـاً قبل غيره. ولذلك فإن من مقتـضى حماية الحرية الفردية أن الـشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتـزم بحريته واختـياره، وأن هذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية. وقد دعمت هذه الأفكار قيامها على بعض فلسفة العقد الاجتماعى لجان جاك روسـو، والتى تقول بأن الإنسان حيث يتنازل عن

بعض حريته فـإن ذلك لا يكون إلا بمحض حريته واختـياره وفى حدود ووفق شروط محددة. **أما الاعتبار الثانى** : ان مبدأ سلطان الإرادة هى تعبير عن جانب أخلاقى هـام فى حياة الـبشر، فالـعقد، وهو تعـبير عـن إرادة الأفراد، لابد أن يكون مطابقـاً ومحققاً لمصالحهـم، لأن الإنسان لا يسعى بحريتـه واختياره إلا إلى ما يـحقق مصالحـه. فكل ما هو عـقدى عادل لأن العقـد بحسبـانه ظاهرة إرادية اختيـارية كفيل بخلق التوازن بـين مصالح المتعاقديـن. ويتمثل **الاعتبار الثالث والأخير** فى جـانب اقتـصادى، وهو أن الحـرية العـقدية القـائمـة على سلطان الإرادة هـى خير سبـيل لتحقـيق الانتعـاش الاقتصادى، فـهى المحرك والحافز الرئيـسى للحياة الاقتصـادية. ولذلك فإن أى نزعة تدخلـية من جانب الدولة بـفرض القـيود أو الحـدود على النشـاط الاقتـصادى بعـيداً عن حـرية المبـادرة الفـردية، إنما هو عـمل سـيئ، ولابـد أن ينـتهـى إلى عـرقلـة النمـو الاقتصـادى. وبتعبير آخر، فـإن حرية الإرادة هى التى تهيئ الحـد الأقصى من النشاط والتنمية الاقتصاديين[1]. وقد رتبت النظرية المشار إليها عدة نتائج على الفلسفة التى تمسكت بها أهمها :

١ - أن العـقد هـو المصـدر الرئيـسى للالـتزام، وأن غـيره يـعد، إلـى جانبـه، استثنائياً، ومحدود النطاق.

٢ - انه إذا كانت الإرادة، ومن ثم العقد، هى قوام الالتزام ومصدره الأساسى فإن الأصل فى تنظيم أحكام العقـود هى حرية الإرادة أيضاً، وأن التدخل من جانب المشرع فى هـذا النطاق يصبح أمراً استثنائـياً ومحدوداً. لذلك فإن الغـلبة فيـما يضعـه المشـرع من قواعـد لتنظيم العـقود هى للقـواعد

---

(١) ستارك : الالتزامات، جزء ٢، ط ٢، رقم ٦ وما بعدها.

المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين. فالإرادة الحرة هى منشئة العقد، وهى منظمة أحكامه، بل ان الإرادة تستطيع أن تخلق من العقود ما لم يتوقعه المشرع أو لم ينظمه (العقود غير المسماة) ويترتب على ذلك أن القواعد الآمرة تضحى، فى مجال العقود، استثناء لا يرد إلا فى نطاق محدد ولضرورة تقتضيها مصلحة عامة ملحة، ليست بعيدة فى معظم الأحوال عن حماية الحرية العقدية والعمل على جدية الإرادة التعاقدية. ومن قبيل ذلك أن القواعد المتعلقة بالأهلية تتسم بالطابع الآمر لحرص المشرع على أن يكون التعبير عن الإرادة صادراً عن قدرة حقيقية للتمييز والإدراك. كذلك حين يتدخل المشرع بإبطال العقود لعيب من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال) إنما لحرصه على أن تكون الإرادة معبِّرة عن حقيقة مقصد صاحبها بحرية واختيار كاملين.

٣ - ان الأصل فى العقود **الرضائية**، بمعنى أنه إذا كانت الإرادة هى سيدة أمرها فى خلق الالتزام وتعيين حدوده، فإنها تعبر عن نفسها بأى طريقة كانت، دون أن يلزم لذلك أن تصب فى قالب شكلى معين. فمجرد التقاء إرادتين واتفاقهما على إحداث أثر قانونى يكفى فى ذاته - من حيث المبدأ - لإنتاج الأثر المذكور. لذلك كانت الشكلية استثناء على أصل عام. ففى بعض الحالات الاستثنائية يتطلب القانون لنشأة التصرف أن يصب فى قالب شكلى معين، قد يكون ورقة عرفية، وقد يكون ورقة رسمية. غير أن الشكلية رغم أنها قيد غير مرغوب فيه على مبدأ الرضائية إلا أنها تسعى فى كثير من حالاتها، خصوصاً فى الأنظمة المعاصرة، إلى حماية أحد المتعاقدين أو كلاهما. لذلك تشهد الشكلية

بعض المظاهر الحديثة فى إطار الاتجاه إلى حماية طرف أو آخر فى بعض العمليات العقدية.

تراجع مبدأ سلطان الإرادة:

ترتب على تطورات الأوضاع الاقتصادية والتقنية فى القرن العشرين أن تراجع مبدأ الرضائية إلى حد ليس بالقليل. وقد دفع إلى هذا التراجع اعتبارات فلسفية أيضاً تقول ان الإنسان كائن اجتماعى، وأن بينه وبين أقرانه فى المجتمع تداخل فى العلاقات والمصالح لا غنى عنه، بحيث لا يستطيع الفرد أن يتجاوز وجود الآخرين. لذلك فإن سلطان الإرادة إذا كان له دور رئيسى لا يمكن تجاهله فإن ذلك لا يكون إلا بأن تتجه الإرادة إلى ترتيب أوضاع التداخل بين مصالح الأفراد فى الحدود التى ينظمها القانون ويسمح بها. فالقانون الوضعى هو فى نهاية المطاف الذى يسيطر على الحياة القانونية سواء من حيث العقود التى يسمح بها، أو الأحكام التى يسيطر بها على التنظيم التفصيلى للعقود. ويبرر هذا التدخل، من جانب القانون، أن التطبيق العملى للعلاقات العقدية، إبان القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، أثبت اختلال المساواة بين المتعاقدين فى كثير من المجالات حيث يلاحظ أن أحد الطرفين يتمتع بقوة لا يتمتع بها الطرف الآخر، مما ييسر للأول أن يفرض على الثانى إرادته. وفى هذه الحالة لا يمكن أن يقال ان الطرف الضعيف قد أراد بحرية كاملة، بل كان عليه، جبراً، أن يتقبل ما يفرضه الطرف القوى (عقود العمل مثلاً). وقد ثبتت صحة هذه الملاحظات أيضاً على المستوى الاقتصادى حيث تبين أن الحرية الكاملة تؤدى إلى الفوضى، مما أدى إلى زيادة النزعة التدخلية للدولة وفرض القيود والحدود على النشاط الاقتصادى. وقد

ترتب على تراجع مبدأ سلطان الإرادة على النحو السابق عدة نتائج :

[١] أن العقد لم يعد هو صاحب السطوة الأولى فى مجال إنشاء الالتزامات إذ تطورت إلى جانبه المصادر الأخرى كالفعل الضار والاثراء بلا سبب.

[٢] تزايد جرعة القواعد الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

[٣] تراجع مبدأ الحرية التعاقدية حتى على مستوى اختيار المتعاقد الآخر حيث ظهرت نماذج جديدة يتحقق فيها إجبار قانونى على التعاقد أو نشأة للعلاقة بقوة القانون (فى قطاع علاقات الإيجار وعلاقات العمل). فضلاً عن فرض تحديد جبرى للأسعار فى بعض أنواع العقود، وتدخل المشرع فى تحديد مضمون العلاقة التعاقدية (عقد العمل - عقد إيجار الأماكن والأراضى الزراعية فى ظل القوانين الاستثنائية).

[٤] الرقابة الإدارية على إبرام بعض العقود مثل عقود بيع الوحدات السكنية للأجانب.

[٥] تزايد تدخل المشرع بفرض عقوبات جنائية فى كثير من قطاعات هى بحسب الأصل قطاعات عقدية.

تقسيمات العقود:

تنقسم العقود إلى عدة أقسام بحسب الزاوية التى ينظر إليها منها. وهى تقسيمات أثراها الفقه بفكره وإعمال اجتهاده، إذ لم يرد فى شأنها أى نص فى

القانون المدنى المصرى. ونعرض فيما يلى لأهم هذه التقسيمات : العقد المسمى والعقد غير المسمى - العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد - عقد المعاوضة وعقد التبرع - العقد المحدد والعقد الاحتمالى - العقد الزمنى والعقد الفورى...إلخ

أولاً : العقد المسمى والعقد غير المسمى :

يعود تقسيم العقود إلى مسماه وغير مسماه إلى القانون الرومانى. ففى هذا القانون، الذى تميز بالشكلية والاجرائية، لم يكن هناك حق ما لم تكن هناك دعوى مقررة لحمايته. والدعاوى كانت محددة على سبيل الحصر. والعقود الملزمة كانت بالتالى تلك المحددة بالدعاوى التى تحميها ولذلك سميت بالعقود المسماه. فعقد البيع مثلا كان عقدا مسمى، حيث كانت تحميه دعوى قضائية يرفعها المشترى، أو البائع، دفاعا عن حقوقه الناشئة عن هذا العقد. ولذلك كانت الدعوى هى التى تحدد نظام العقد وحدود حمايته، وفق ما يقرره المشرع الرومانى والبريتور.

وفى عصر الفقيه جستنيان Justinien اتسع نطاق الحماية على نحو تخلص من جمود القانون الرومانى نسبيا، حيث اجيزت الحماية القانونية، من خلال الدعاوى القضائية، للعقود غير المسماه. ففى أى عقد، اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه العقدى، جاز له ان يقم دعوى قضائية لمطالبه الطرف الاخر بتنفيذ التزامه بدوره والزامه بهذا التنفيذ. ولم تقتصر هذه الدعاوى على عقود مسماه بعينها إنما اتسعت لتشمل كل التزام عقدى ولو لم يكن قد نشأ عن عقد من العقود المسماه.

ولم يعد للاسباب التاريخية السابقة أهمية حاليا فى التمييز بين العقود المسماه والعقود غير المسماه. ففى القوانين المعاصرة كل حق له دعوى تحميه، ايا كان مصدره. واصبح المبدأ هو مبدأ حرية التعاقد.، وسلطان الارادة، والذى يستطيع الافراد وفقا له إنشاء اى نوع من العقود، دون الالتزام بمسمى معين أو بمضمون محدد، شرط الالتزام بالحدود العامة للمشروعية والنظام العام.

ومع ذلك فقد انتقل تقسيم العقود الى مسماه وغير مسماه الى القانون الفرنسى، ثم القانون المصرى، مع تحول فى المعنى وتحول فى النتائج المترتبة على هذا التقسيم.

فالعقد المسمى هو العقد الذى أفرد له المشرع تنظيماً خاصاً به تحت اسم معين. أما العقد غير المسمى فهو العقد الذى لم يخصص له تنظيم تشريعى خاص به. والعقود المسماه فى القانون المدنى المصرى هى العقود التى تقع على الملكية وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح (مواد ٤١٨ - ٥٥٧) - والعقود التى ترد على الانتفاع بالشئ وهى الإيجار والعارية (مواد ٥٥٨ - ٦٤٥) - والعقود التى ترد على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسية (مواد ٦٤٦-٧٣٨) - وعقود الغرر (العقود الاحتمالية وهى المقامرة والرهان والتى نظم المشرع بطلانها إلا فى حالات خاصة، والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين (مواد ٧٣٩-٧٧١) - وعقود التأمينات الشخصية والعينية وهى الكفالة (مواد ٧٧٢- ٨٠١) والرهن الرسمى والرهن الحيازى (مواد ١٠٣٠ - ١٠٨٤ ومواد ١٠٩٦ - ١١٢٩).

أما العقود **غير المسماه**، والتى لم يفرد لها المشرع تنظيماً خاصاً، فمن أمثلتها عقد النشر وعقد النزول فى فندق، وعقد الإعلان، وعقد الدخول إلى المسرح أو السينما. ويعود سبب هذه التفرقة بين النوعين من العقود إلى القانون الرومانى حيث كان لها قدر كبير من الأهمية، فهذا القانون لم يكن يعطى قيمة قانونية إلا للعقود المسماة. أما العقود غير المسماه فلم يكن لها قوة الزامية. غير أن هذه الأهمية فى التفرقة انتهت منذ وقت بعيد. فالأفراد يستطيعون فى القوانين الحديثة، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، أن يبرموا من العقود ما يحقق مصالحهم سواء كانت عقوداً مسماة أو غير مسماة.

ومع ذلك فإن للتفرقة حالياً بعض أوجه الأهمية :

١ - **فالعقد المسمى** أكثر سهولة فى التعرف على أحكامه وأكثر سهولة بالتالى فى تفسيره، إذ يكفى الرجوع إلى أحكام هذا العقد المدرجة فى القانون المدنى للتعرف على القواعد التى تنظمه، كما يرجع إلى هذه القواعد عندما يسكت المتعاقدان عن تنظيم مسألة معينة من المسائل التى يثيرها العقد.

أما فى العقد **غير المسمى** فإن رجل القانون يرجع فى شأنه إلى المبادئ العامة فى نظرية الالتزام. وقد يستعين فى التفسير بأقرب العقود إليه محاولاً أن يستخلص من كل ذلك القواعد التى تتفق مع غرض المتعاقدين وعادات وعرف التعامل فى مثل حالتهما.

وفى تطور تاريخ العقود المدنية كان هناك من العقود ما لم تكن تنظمه قواعد خاصة، وعندما انتشرت وازدادت أهميتها تدخل المشرع ليعتبرها عقداً مسمى ويضع لها تنظيمات خاصة. ومن قبيل ذلك عقد التأمين الذى لم تقنن أحكامه إلا فى التقنين المدنى الحالى. ولذلك فليس هناك حدوداً فاصلة مطلقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة من ناحية التطور التشريعى.

ويلاحظ أيضاً أن الفرق بين النوعين من العقود، من حيث الرجوع إلى القواعد العامة أو القواعد الخاصة بعقد مسمى معين، هو فارق جزئى ومحدود. ذلك أن القواعد العامة فى نظرية الالتزام تطبق على جميع علاقات الالتزام وبالتالى على جميع العقود، غاية الأمر أنه بالنسبة للعقود المسماة يتعين الرجوع إلى القواعد الخاصة بالعقد المسمى أولاً، إذ أن بعضها قد يمثل استثناء على القواعد العامة يتمثل فى قاعدة خاصة بمسألة تفصيلية معينة رأى المشرع أن يفرد لها حكماً لا يتفق مع المبادئ العامة، وقد يكون أحياناً متعلقاً بالنظام العام. أما فيما عدا هذا التحديد فإن أكثر قواعد العقد المسمى تتفق إجمالاً مع اتجاهات المبادئ العامة فى نظرية الالتزام وتعد تطبيقاً لها. أما العقد غير المسمى فنظراً لعدم وجود تنظيم خاص به فإن الرجوع فى شأنه يكون - كما سبق القول - إلى القواعد العامة مباشرة.

٢ - تبدو الأهمية الثانية فى شأن تكييف العقد. ذلك أن المتعاقدين قد لا يصفا العقد المبرم بينهما بأى وصف قانونى، وقد يضيفا عليه الوصف غير الصحيح أو غير الدقيق. وفى مثل هذه الأحوال يتعين أن نصل أولاً إلى التكييف القانونى السليم حتى نصف العقد بأنه عقد مسمى أو غير مسمى توسلاً إلى تحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق. عليه ويستعين القاضى وصولاً إلى التكييف الصحيح، بالتعرف على إرادة المتعاقدين، من خلال بنود العقد وظروف وملابسات التعاقد، وهو فى هذه المسألة يجرى بحثاً موضوعياً يستقل باستخلاصه دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض، ولكنه حين ينتهى من هذا الفحص الموضوعى إلى اسباغ تكييف محدد فإنه يجرى عملاً قانونياً يخضع فى شأنه لرقابة محكمة النقض التى تراقب حسن

استدلال القاضى لما انتهى اليه والتزامه بالتطبيق والتفسير القانونيين على الوجه الصحيح.

وبانتهاء عملية التكييف، والوصول فيه إلى وجه الحق القانونى، فإن ذلك قد يترتب عليه بعض المصالح المالية للدولة فيما يتعلق بالضرائب والرسوم. فرسوم الشهر العقارى على تسجيل عقد بيع عقار مثلاً تختلف عن رسوم عقد الهبة، وكلاهما يختلف عن رسوم تسجيل عقد الإيجار أو إثبات تاريخه. لذلك فحين يتقدم المتعاقدان إلى مأمورية الشهر العقارى بعقد لاتخاذ إجراء فى شأنه، دون أن يكون هذا العقد واضح الهوية، فإن على الموظف المختص أن يجرى عملية التكييف الصحيح وصولاً إلى تحديد الرسوم الواجبة بما يتفق مع صحيح حكم القانون.

ثانياً: العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى:

- **العقد الرضائى** : هو العقد الذى يكفى لانعقاده تراضى الطرفين، أى اتفاق ارادتيهما على احداث الأثر القانونى المطلوب. وهو يحدث هذا الأثر بمجرد الاتفاق دون حاجة إلى وضع الاتفاق فى شكل معين.

أما العقد الشكلى : فهو العقد الذى يلزم لانعقاده بالإضافة إلى التراضى اتباع شكلية معينة يتطلبها القانون. ومن قبيل ذلك ما يتطلبه القانون المدنى المصرى من رسمية (أى ورقة يحررها موظف مختص) لانعقاد عقد الهبة (م ٤٤٨ مدنى) وعقد الرهن الرسمى (م ١٠٣١/ ١ مدنى) وقد يتطلب القانون الكتابة كشكل للانعقاد ولكنه يكتفى بالورقة العرفية، كما هو الحال فى عقد الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى) وعقد النشر (م ٣٧ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته، فى شأن حماية حقوق المؤلف).

ويلاحظ من ناحية، أن الشكلية فى القوانين الحديثة ليست بديلاً عن التراضى، بل هى ركن مضاف إليه. ومن ناحية ثانية فإن هذه الشكلية، وكما سبق أن ألمحنا، مطلوبة عادة لحماية الإرادة حين تقدم على إجراء تصرف قانونى على قدر من الخطورة بالنسبة للشخص وذمته المالية (كما هو الحال فى هبة العقار مثلاً) وتكون الغاية منها لفت نظر صاحب الشأن إلى جسامة التصرف ودفعه إلى التروى والتدبر قبل أن يحزم أمره. وفى فروض أخرى يكون الهدف هو حماية أحد طرفى العقد، الذى يعتبره القانون ضعيفاً، فى مواجهة الطرف الآخر القوى. لذلك شهدت الشكلية فى الوقت الحالى مولداً جديداً واتخذت أشكالاً لم تكن قائمة من حيث نوعيتها من قبل. فإلى جانب الشكلية التقليدية المتمثلة فى الأوراق الرسمية أو الكتابة العرفية وجدت نوعيات أخرى تستهدف أهدافاً محددة ويتطلب القانون فيها شكلاً فى حدود تحقيق الغرض الذى توخاه المشرع. فهناك نوع من الشكلية فى إتجاه واحد - ان صح التعبير - يتطلب فيها المشرع حماية لأحد الطرفين ضد الآخر بحيث إذا تخلفت جاز للطرف المحمى أن يقيم الدليل على وجود العقد بكافة طرق الإثبات، مع حرمان الطرف الآخر من الإثبات أو التمسك بأية شروط عقدية بسبب عدم كتابة العقد. وهذه الشكلية أبعد مدى من مجرد الكتابة المطلوبة للإثبات بالنسبة للمؤجر وإن كانت لا تصل إلى حد شكلية الانعقاد الكاملة. ومن أمثلتها ما ينص عليه قانون إيجار الأماكن فى مصر ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م ٢٤) من الزام المؤجر من كتابة عقد الإيجار وإدراج بيانات معينة فيه وإلا امتنع عليه أن يتمسك بأية حقوق ناشئة عن العقد أو إثباتها بغير الكتابة، فى حين يجوز للمستأجر وهو المستهدف من قاعدة الحماية أن يثبت حقوقه

بكافة الطرق بما فى ذلك البينة. كذلـك ما ينص عليه ذات القانون المذكور من ضرورة قيـد عقود إيجار المـفروش بالوحدة المحليـة المختصة وإلا امـتنع على المؤجر أن يتمسك بالطلبات الناشئـة أو المترتبة على العقد المفروش، ولا يجوز له أن يتمسـك به أمام أى جهة من الجهـات كما لا تسمع دعواه أمـام القضاء (م٤٣). وهى شكليـة لا تصل إلى حد المسـاس بانعقاد العـقد ولكن تخلـفها يرتب آثاراً عملية فى حق المؤجر تقـترب من آثار تخلف شكل الانعقاد. وهى **شكلية مـحدودة المظهر** (القيد) **مقصـودة الغاية** (رقابة ضـريبيـة وإدارية على إيجار المـفروش). وأخيـراً فإنه إذا كان الأصـل هو الرضائيـة والاستثناء هو الشكليـة بنص قانونى، فإن لـلأفراد أن يتفقوا عـلى ضرورة الشكلية لانـعقاد الاتفـاق فيـما بـينهم، وفـى هذه الحالـة يكون الاتفـاق المبـدئى، الذى تطـلب الشكلية لانعقاد العقد فيه هو مجـرد مشروع اتفاق فى انتظار انعقاد العقد فى الشكل المطلوب المتفق عليه بين المتعاقدين.

وأخيراً يلاحظ أنه حين يتطلب القانون شكلية معينة لإبرام عقد معين فإن هذه الشـكلية ذاتهـا تصبح ضـرورية فى ابرام الـوعد بهذا الـعقد "إذا اشـترط القانون لتمام العـقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكـل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يـتضمن الوعد بـإبرام هذا العقد" (م ١٠١/ ٢ مـدنى)، وكذلك فى التـوكيل فـى ابرام العـقد الشكـلى "يجب أن يتـوافر فـى الوكالة الـشكل الواجب توافـره فى العمل القـانونى الذى يكون مـحل الوكالة، ما لـم يوجد نص يقضى بغيـر ذلك" (م ٧٠٠ مدنى). كما يتعين الالتـزام بالشكل المطلوب فى إجازة العـقد الشكلى ان كان قـابلاً للبطلان، وفى إدخال أى تعـديل على بنوده.

العقد العينى : العقد العينى هو اتفاق لا يكفى مجرد التراضى لانعقاده وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك تسليم الشئ موضوع العقد من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر. ويعود نظام العقد العينى فى نشأته إلى القانون الرومانى فقد كان الأصل فى هذا القانون هو الشكلية، التى ينعقد العقد بتوافرها دون نظر إلى اشتراط التراضى أو النظر فى استيفاء شرائط صحته. وفى مرحلة من مراحل تطور القانون الرومانى استغنى عن الشكلية فى بعض العقود بالعينية أى استبدل بالشكلية اجراء التسليم، أى تسليم الشئ المعقود عليه، على نحو لا يُولد الالتزام إلا إذا حدث التسليم، فالتسليم هو لازمة قيام العقد ونشأة الالتزام المترتب عليه. وقد اندرج فى هذا النطاق عقود عارية الاستهلاك، عارية الاستعمال والوديعة والرهن الحيازى. وقد احتفظ القانون الفرنسى بهذه العقود الأربعة بذات وضعها ونظامها كعقود عينية. ومعنى ذلك أن التزام المستعير أو المودع لديه أو المرتهن رهن حيازى برد الشئ إلى صاحبه لا ينشأ أصلاً إلا بتسليم هذا الشئ إلى المستعير أو المودع لديه أو الدائن المرتهن بحسب الأحوال. ولم يأخذ القانون المصرى بهذا النظام فى هذه العقود المشار إليها إذ استبقاها كغيرها باعتبارها عقوداً رضائية ترتب التزامات بمجرد التراضى دون حاجة التسليم، واعتبار أن هذا التسليم مجرد التزام ينشأ عن العقد بعد أن ينعقد صحيحاً مستوفياً أركانه وشرائط صحته.

وتبقى حالة واحدة للعقد العينى فى القانون المصرى هى حالة عقد هبة المنقول حيث نصت المادة ٤٨٨/ ٢ من القانون المدنى على أنه "ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية".

وقد تعرضت فكرة العقود العينية لنقد فى فرنسا ذلك أن نشأتها فى

القانون الرومانى كان لها ما يبررها، فهذا القانون كان يعتبر الشكلية مبدأ عاماً فى انعقاد العقود لذلك كان منطقياً أن يستبدل التسليم، بالنسبة لبعض العقود، بالشكل، ويعتبره ركناً لازماً لنشأة الالتزام. أما فى القانون الفرنسى الحالى فقد أصبح التراضى هو المبدأ فى قيام العقد وأصبحت الشكلية أمراً استثنائياً على النحو الذى بسطناه سلفاً. ومن هنا قيل بأن مجموعة العقود العينية قد فقدت مبرر وجودها وأصبحت تعبر عن نظام عفى عليه الزمن بل انها لا تعكس حقيقة فنية من الناحية القانونية، فتسليم الشئ لابد أن يسبقه اتفاق بين الطرفين أو على الأقل وعد بالتعاقد. فمثلاً لو اتفق طرفاه على إبرام عقد يودع بمقتضاه أحدهما شيئاً لدى الثانى، فإن هذا الاتفاق يتم بمجرد تبادل التراضى على هذه العملية القانونية، ويترتب على قيام هذا الاتفاق التزام المودع لديه بأن يتسلم الشئ محل الاتفاق عندما يقدمه له صاحبه، ومن هنا يظهر التسليم لا باعتباره ركناً لازماً للانعقاد، إنما باعتباره الخطوة الأولى فى تنفيذ عقد الوديعة، ولكنها خطوة ضرورية ولازمة لكى يولد التزام المودع لديه بالرد. والواضح، بالتالى، ان التزام المودع لديه بالرد لا ينشأ إلا بعد أن يتسلم الشئ من المودع، وإلى ما قبل هذه اللحظة فإنه لا يلتزم بشئ. ولذلك فإن العقد المدعى بأنه عقد عينى إنما يتكون حقيقة بمجرد التراضى، ولكن أحد الالتزامات المترتبة عليه لا يولد ابتداء إلا إذا تم إيداع الشئ لدى المودع لديه باعتبار أن هذا الإيداع هو العمل التنفيذى الأول للعملية التعاقدية، **فأمر اولوية التسليم لا يعبرٌ الا عن تتابع منطقى فى تنفيذ الالتزامات**. ومن هنا تضحى العقود العينية فى نظر جانب من الفقه الفرنسى فكرة عقيمة وغير لازمة نقلت من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى فزرعت بالتالى فى غير تربتها وغير مناخها[1].

---

(١) ومع ذلك فمازال القضاء الفرنسى متمسكاً بها.

ويلاحظ أخيراً أنه كما فى الشكلية فإن لأطراف التعامل أن يتفقا على عينية عقد معين وذلك باشتراط ألا ينعقد العقد إلا بتسليم الشئ المعقود عليه، وفى هذه الحالة يكون العقد عينياً بحكم الاتفاق.

التفرقة بين شكلية الانعقاد وما قد يشتبه بها :

يعرف النظام القانونى إجراءات أخرى غير الشكلية اللازمة للانعقاد، ويتطلب المشرع هذه الاجراءات لتحقيق أغراض أخرى محددة. وأهم هذه الاجراءات : إجراء الكتابة للإثبات وإجراءات شهر بعض التصرفات القانونية، والإجراءات التى قد يتطلبها القانون لنفاذ العقد فى مواجهة الغير. ونعرض لكل منها فيما يلى :

١ - الكتابة للإثبات :

أشرنا فيما سبق إلى أن القانون قد يتطلب الكتابة الرسمية أو العرفية لانعقاد العقد وفى هذه الحالة لا تقوم للعقد قائمة بغير الكتابة، إذ الكتابة ركن فى ميلاد التصرف ذاته. ومن هنا إذا تخلفت الكتابة كركن انعقاد فلا وجود للعقد أو للتصرف القانونى، وبالتالى لا يرد عليه الإثبات، إذ الإثبات لا يرد إلا على تصرف موجود قانوناً، فإن تخلف وجود التصرف لتخلف ركن قيامه (وهو شكلية الكتابة) فلا يتصور إثباته بأى طريق ولو كان إقراراً كاملاً.

غير أن القانون قد يتطلب الكتابة لمجرد إثبات التصرف (وليس كركن لقيامه) ومن قبيل ذلك ما ينص عليه قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٦٠ من أنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته

على مائة جنيها[١] أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ومعنى هذا النص أنه فى المواد المدنية إذا زادت قيمة التصرف عن مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلابد فى إثباته من ورقة مكتوبة (أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين حاسمة). ففى هذه الحالة التصرف قائم قانوناً لأن القانون لم يشترط لإنعقاده شكلاً معيناً، ولكن اثباته يحتاج إلى دليل محدد هو الكتابة. فإذا لم يكن الدائن حذراً وبالتالى لم يحصل على دليل كتابى فإنه عند النزاع قد يضيع عليه هذا الحق بسبب تعذر إقامة الدليل عليه، فى وقت لم يقر فيه المدين بالمديونية ووجهت إليه اليمين الحاسمة فقام بأدائها متمسكاً ببراءة ذمته.

وخلاصة كل ذلك أنه حيث يكون العقد شكلياً فلا تقوم له قائمة أصلا إلا باستيفاء الشكل المطلوب، فإذا لم يقم الدليل المطلوب فلا سبيل إلى إثباته لأنه عدم، والإثبات لا يرد إلا على ما هو موجود قانوناً. أما إذا تطلب القانون الكتابة للإثبات فإن التصرف موجود قانوناً وان تعذر إثباته لعدم وجود الدليل الكتابى أو ما يقوم مقامه.

وأخيراً فإنه إذا حدث أن اتفق طرفان على ضرورة كتابة العقد المبرم بينهما ثم ثار الشك حول ما إذا كانت الكتابة للانعقاد أم للإثبات فإن هذا الشك يفسر على أساس أن الكتابة مطلوبة للإثبات فقط، باعتبار أن الأصل فى العقود الرضائية وليس الشكلية.

---

(١) معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

٢ - إجراءات الشهر :

تضمن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أحكاماً تتعلق بوجوب تسجيل التصرفات التى ترد على حقوق عينية عقارية. وإجراء التسجيل يتم فى مأموريات الشهر العقارى المختصة وهو إجراء لاحق على إبرام التصرف وبالتالى لا شأن له بقيامه. فالتصرف الواجب الشهر هو تصرف يقوم صحيحاً أولاً، ثم يستوجب القانون شهره بطريق التسجيل حتى يترتب عليه أثر معين يحدده القانون. وبالتالى فالتسجيل ليس شكلية للإنعقاد. ومصداقاً لهذه الملاحظة فإن عقد البيع العقارى هو عقد رضائى يتم بمجرد التقاء إرادتين متطابقتين على إحداث الأثر القانونى لعقد البيع ودون حاجة إلى وضعه فى كتابة رسمية أو عرفية، ومع ذلك فإن قانون الشهر العقارى ينص على أن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد بل لابد لانتقالها من اتخاذ إجراء التسجيل وبغيره لا تنتقل الملكية "لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم" ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن. وعلى هذا الأساس فعقد البيع العقارى غير المسجل هو عقد قائم وينشئ الالتزامات الشخصية على عاتق طرفيه كاملة، غير أن أثراً هاماً من آثاره، وهو انتقال الملكية من البائع إلى المشترى، لا يتحقق إلا بتمام اجراءات التسجيل فى الشهر العقارى. وإذا امتنع البائع عن المساهمة فى إجراء التسجيل كان من حق المشترى أن يقيم دعوى بصحة ونفاذ عقد البيع، فإن قضى له بذلك قام بتسجيل الحكم وانتقلت إليه الملكية، واستغنى بذلك عن توقيع البائع فى مأمورية الشهر العقارى المختصة.

٣ - اجراءات نفاذ التصرف :

قـد يتطلـب القــانون اتخـاذ اجـراء معين لا لانعقاد العقــد (الشـكلية) ولا لترتيب أثر من آثاره (كالشـهر بالنسبة لانتقال الملكية فى الـبيوع العقارية) ولكن لكى يحـتج بالتصرف على غيـر أطرافه بحيث يكون نافذاً فـى مواجهة هؤلاء الغير.

ومن الاجراءات الـتى يتطلبهـا القانون لنـفاذ التصـرف ما يتطلبـه قانون الشـهـر العـقارى ١١٤ لـسنة ١٩٤٦ المـادة ١٠ من "أن جـميـع التـصرفـات والأحكام النهـائية المقررة لحق من الحقـوق العينية العقـارية الأصلية[١] يجب كذلك تسجـيلها ويترتـب على عـدم التسجيل أن هذه الحقـوق لا تكون حجة على الغيـر". فالتصرف أو الحكم صحـيح ومنتج لآثاره والتزاماتـه بين طرفيه ولكنه ليس حجة على الغير طالما أنه لم يسجل.

كذلك الحال فـيما يتطلبـه القانون من إجراء "القـيد فى الشهر الـعقارى بالنســبة لبـعض الحقوق العـينية الـتبعـية حتى تكـون هذه الحقوق نـافذة فى مواجـهة الغـير. فقـد نصت المادة ١٠٥٣/ ١ مـدنى على أن "لا يكـون الرهن الرسمى[٢] نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عـينياً على العقار[٣]. كما لا يصح التمـسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ولا التمسك بالحق الناشئ عن حلول شخص محل

(١) كالصلح والقسمة.

(٢) وكذلك المادة ١٠٩٥ مـدنى فى شأن حق الاختـصاص والمادة ١١٤ فى شأن الرهـن الحيازى العقارى والمادة ١١٤٧/ ٢ و١١٤٨/ ٢ فى شأن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار.

(٣) وذلك دون اخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس.

الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى" (م ١٠٥٣/ ٢ مدنى) ومعنى ذلك أن هذه الإجراءات لا تمس قيام التصرف وانتاجه لآثاره بين طرفيه ولكنها مطلوبة للنفاذ فى مواجهة الغير فحسب.

ويدخل فى هذا النطاق أيضاً ما تنص عليه المادة ٣٠٥ مدنى فى صدد حوالة الحق من أن هذه الحوالة "لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

ثالثاً: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد:

يستند هذا التقسيم على مدى وجود التزامات متقابلة ناشئة عن العقد. فالعقد الملزم للجانبين هو عقد تبادلى ينشئ التزامات متبادلة ومتقابلة فى ذمة كل من طرفيه بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً فى آن واحد، ومثاله الواضح عقد البيع حيث يلتزم البائع بنقل الملكية، وفى ذات الوقت يكون دائناً بالثمن، فى حين يلتزم المشترى بدفع الثمن وفى ذات الوقت يكون دائناً فى انتقال الملكية إليه. وكذلك الحال فى عقود الإيجار وعقود المقايضة مثلاً. أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذى ينشئ التزاماً على عاتق أحد طرفيه، دون الطرف الآخر الذى يصبح دائناً فحسب. ومثاله عقد القرض، إذ ينشئ التزاماً على عاتق المقترض برد المال المقترض. وعقد العارية إذ ينشئ التزاماً على عاتق المستعير برد الشئ المعار. وفى هاتين الحالتين لا يوجد التزام

على عاتق المقرض أو على عاتق المعير. كذلك الحال فى الوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر، وعقد الهبة. ففى جميع هذه الحالات يلعب كل طرف من طرفى العقد دوراً واحداً وهو إما يكون دائناً فقط أو أن يكون مديناً فقط.

ويلاحظ أنه لا يجوز الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف الانفرادى الذى يتم بإرادة منفردة. فالأول، رغم أنه عقد ملزم لجانب واحد، إلا أنه عقد بالمعنى الكامل والصحيح. إذ لا يتم إلا بتبادل التعبير عن التراضى المتبادل، فهو حصيلة التقاء ارادتين (أو أكثر) متقابلتين متطابقتين فى غرضهما بإحداث الأثر القانونى المقصود. فالهبة على سبيل المثال، لا تقوم لها قائمة باعتبارها عقداً، إلا بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له. أما الثانى، التصرف بإرادة منفردة، ومثاله الوعد بجائزة الموجه للجمهور، فهو تصرف آحادى ينشأ وينتج أثره فى خلق الالتزام على عاتق المدين بتعبيره وحده عن إرادته المعتبرة قانوناً، دون حاجة إلى أن تلتقى هذه الإرادة بإرادة أخرى. والحقيقة أن عدم الخلط المشار إليه يكون متيسراً إذا لاحظنا أن ظاهرة التصرف القانونى نكون عقداً أو تصرفاً انفرادياً بحسب مصدر هذه الظاهرة، وهل هو تصرف بإرادة منفردة أم بإرادتين متبادلتين، فى حين أن تقسيم العقد إلى ملزم لجانبين أو ملزم لجانب واحد إنما هو أمر يتعلق بالآثار المترتبة على العقد، وهل هى تبادلية على عاتق كل من طرفيه، أم مقصورة على جانب واحد دون الآخر. وحاصل ذلك أن تعبير "عقد ملزم لجانب واحد" يتعلق بحدود آثار العقد ولا شأن له بمصدر نشأته.

ومن ناحية ثانية فإن الوصف التبادلى، الملزم لجانبين، لا يتوافر إذا نشأ العقد ملزماً لجانب واحد ثم نشأ التزام على عاتق الجانب الآخر، بصفة عرضية، بعد انعقاد العقد. فإن ذلك التطور لا يغير من أصل الوصف (أى يظل العقد ملزماً لجانب واحد)، ومن هذا القبيل أن عقد الوديعة بغير أجر هو على الوصف السابق، إلا أنه قد يحدث أثناء الوديعة أن ينفق المودع لديه نفقات معينة فى سبيل المحافظة على الشئ المودع ويكون له الحق فى مطالبة المودع بها، وهنا ينشأ التزام على عاتق هذا الأخير لم يكن قائماً عند التعاقد، إنما طرأ بعده، فيصبح مديناً بهذه النفقات بعد أن كان مركزه هو مركز الدائن فقط عند ابرام التعاقد. وهذا الوضع الذى طرأ على العقد بأن جعله إطاراً، بصفة عرضية، لالتزامات على عاتق طرفيه، لا يغير من طبيعته، لأنه لا يوجد بين هذه الالتزامات التبادلية الكاملة التى تجعل من التزام كل طرف مقابلاً ومستنداً إلى التزام الطرف الآخر عند إبرام العقد، كما هو الوضع فى العقود الملزمة للجانبين. ولهذا السبب فإن هذا الطارئ المشار إليه جعل بعض الفقه يطلق على العقد فى صورته المستجدة "العقد التبادلى الناقص" وهذه التسمية الأخيرة تعكس شكاً فى مصير انتماء هذا العقد، وهل يطبق عليه نظام العقد الملزم لجانب واحد بحسب أصل نشأته، أم يطبق عليه نظام العقد الملزم لجانبين بحسب ما آل إليه من تبادلية غير تامة. وتميل إلى الاعتقاد، مع جانب من الفقه أن مثل هذا العقد يبقى على أصل وصفه بأنه ملزم لجانب واحد، لأن الالتزام الذى نشأ بصفة طارئة وعرضية، أثناء تنفيذ العقد وبعد ابرامه، لم ينشأ عن العقد إنما نشأ أثناء تنفيذه عن واقعة مستحدثة، وهى فى المثال المذكور سلفاً إنفاق أموال على حفظ الشئ المودع مثلاً، وبالتالى فإن الالتزام برد هذه

النفقات يجد مصدره فى قواعد الإثراء بلا سبب لا فى عقد الوديعة[1] وليس أدل على صحة هذا المنطق أن القانون يضع مبدأ فى الإثراء بلا سبب من مقتضاه أن كل من أنفق نفقات ضرورية فى الحفاظ على شئ مملوك للغير من حقه أن يطالب باسترداد هذه النفقات، وهو حق يكفله القانون دون حاجة إلى أن يكون هناك عقد بين الطرفين.

وحاصل كل ذلك أنه لا يوجد عقد ملزم للجانبين إلا إذا كانت التزامات طرفيه قد نشأت مباشرة عن العقد أى عن الإعمال المباشر لإرادة كل من طرفيه فى العملية العقدية[2].

أهمية التفرقة بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد :

تمثل هذه التفرقة أهمية كبيرة من عدة وجوه :

١ - الدفع بعدم التنفيذ : فى العقد الملزم للجانبين تعد الالتزامات المتقابلة متبادلة على نحو يعد التزام كل طرف سبباً قانونياً لالتزام الطرف الآخر. وهو ما يخلق توازناً سببياً بين التزامات الطرفين" على نحو تكون معه التزامات كل طرف متساندة ومترابطة مع التزامات الطرف الآخر منذ لحظة التعاقد. لذلك فلا يجوز لأى من الطرفين أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه إلا إذا كان هو على استعداد لتنفيذ ما التزم به (مادة ١٦١ والمواد ٢٤٦ وما

---

(١) ذات الفكرة فى الوكالة بدون أجر إذا أنفق الوكيل نفقات على تنفيذ الوكالة فمن حقه أن يستردها وفق ذات المنطق دون أن يتحول العقد إلى عقد ملزم للجانبين. كذلك الحال لو أصيب المودع لديه أو الوكيل بغير أجر بضرر نتيجة لتنفيذ التزاماته فإن من حقه المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية المدنية.

(٢) يلاحظ أن العقد الملزم لجانب واحد قد يتحول إلى عقد ملزم لجانبين بصفة كاملة باتفاق الطرفين، كما لو اتفق الطرفان فى عقد الوديعة بغير أجر وفى وقت لاحق على أن تكون بأجر.

بعدهـا مدنى) وهو ما يـطلق عليـه بعض الفقـه "التنفيـذ المتعاصـر"، أو "خذ واعطى"، أو "خطوة بخطوة". ولـذلك فإذا امتنع طرف عن تنفيـذ التزامه كان من حق الطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدوره. وواضح أن هذا المنطق هو أكثـر تصوراً واتفاقـاً مع العقد المـلزم لجانبيـه فضلاً عن اتفـاقه مع حقيـقة مقصد المتعاقدين.

أما فى العقد الملـزم لجانب واحد فإن أمر الدفع بعدم التنفيـذ يضحى غير متـصور باعتبـار أن هذا العقـد لا ينشئ سوى التـزام واحد على عاتـق جانب واحد هو المدين أما الآخر فهو دائن دائماً.

ومع ذلك فـقد أشـرنا إلى أن العـقد المـلزم لجانب واحـد قد يـصل إلى مرحلة العقد التـبادلى الناقص، حيث ينشأ التزام عارض، ومـقابل، على عاتق الدائن. لذلك فإن بـعض الفقه يرى أن الدفع بعدم الـتنفيذ يمكن تطبيـقه أيضاً على هذا العـقد الأخير، على أساس أن هـذا الدفع ما هو إلا تطبيـق لمبدأ عام فى "الحق فى الحبس" ومعـناه أنه حيث يوجد التزامان متـرابطان جاز لكل من الطرفـين أن يحبس مـا هو مدين بـه إلى أن يستـوفى ما هو دائـن به. وان هذا الترابط يتحقق ولو لم يوجد عقد أصلاً (كما هو الحال فى العلاقة بين الوصى والصغير بعد انتهاء الوصاية)[1]. ومع الأخذ فى الاعتبـار هذه الملاحظة يبقى صحيـحاً أن الدفع بعدم الـتنفيذ لصـيق بالعقود المـلزمة للجانبـين، وغير وارد بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد فى صورته البسيطة الأصلية.

---

(١) حيث يلتزم الـوصى بتسليم ما تحت يده من أشيـاء، مملوكة للقاصر ،مع حقـه فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى تنفيذ الوصاية، وله أن يحبسها إلى أن يستوفى حقه.

٢ - الفسخ : من حق الدائن فى جميع الأحوال أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ اختياراً كان للدائن أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم يقوم بتنفيذه جبراً عن المدين. وقد يكون التنفيذ عينياً، وقد يكون بمقابل فى صورة تعويض مالى. غير أنه قد يتبين للدائن، فى لحظة معينة، أن عدم التنفيذ أصبح أمراً نهائياً من جانب المدين، وفى ذات الوقت يريد هذا الدائن أن يتخلص من التزامه المقابل، ولكى يتوصل إلى هذه النتيجة من حقه أن يرفع دعوى بالفسخ، وهو يقصد من ورائها انهاء وجود العقد (م. ١٥٧ مدنى) وبالتالى التحلل من القوة الإلزامية للالتزامات الناشئة عنه. وللقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو رفضه. إذ أن له أن يعطى المدين، فى بعض الحالات، ووفق بعض الشروط نظرة إلى ميسرة (م. ٢٧٢ مدنى) ويفقد القاضى سلطته التقديرية إذا تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً ينص على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو رفع دعوى قضائية (م ١٥٨ مدنى) ففى هذه الحالة لا يملك القاضى سوى الحكم بانفساخ العقد إذا تحقق من توافر شروط إعمال الشرط الفاسخ الصريح. كما أن انفساخ العقد يصبح أمراً حتمياً ومنطقياً إذا تبين استحالة قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، سواء كانت الاستحالة مادية أو قانونية (م. ١٥٩ مدنى والمادة ٣٧٣ مدنى).

وواضح أن جميع هذه الأحكام لا تتصور إلا إذا كان العقد ملزماً للجانبين حيث يتصور أن يطلب الدائن الفسخ لكى يتخلص من التزامه بعد أن تعذر - أو استحال - قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل. أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا مجال فيه للفسخ إذ أن الدائن فيه ليس مديناً للطرف

الآخر، ولذلك فليس أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ، سواء تنفيذاً عينياً، أو تنفيذاً بطريق التعويض.

٣ - تحمل التبعة :

يقصد بالتبعية هنا التساؤل حول من يتحمل تبعة العقد الملزم للجانبين وتبعة العقد الملزم لجانب واحد. والمقصود بتبعة العقد هو من يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي. وهي تختلف عن تبعة الشئ والمقصود بها من يتحمل تبعة الخسارة الناشئة عن هلاك الشئ أو ضياع قيمته.

وفي العقد الملزم للجانبين من يتحمل تبعة العقد لا يتحمل حتماً تبعة الشئ[1]. ففي الوديعة بأجر إذا هلك الشئ المودع قبل انتهاء مدة الوديعة وكان الهلاك بسبب أجنبي فلا يجوز للمودع عنده أن يطالب المودع بأجر المدة الباقية. وبذلك يكون المودع لديه قد تحمل تبعة العقد. غير أن المودع ليس له أن يطالب المودع لديه بتعويض عن هلاك الشئ المودع، وبذلك يكون هذا الأخير قد تحمل تبعة هلاك الشئ.. كذلك الحال لو أن شخصاً اشترى تذكرة لحضور حفل غنائي تعذرت إقامته بسبب ظرف أجنبي طارئ، ففي هذه الحالة يتعين رد ثمن التذكرة للعميل، وبذلك يكون منظم الحفل قد تحمل تبعة استحالة التنفيذ. ومعنى العرض السابق أن تبعة الاستحالة تقع في العقد الملزم لجانبين على عاتق المدين الذي استحال تنفيذ التزامه. وهو ما تفيده المادة ١٥٩

(١) ويلاحظ أن تبعة العقد تختلط بتبعة الشئ في العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية معاوضة ومثالها الواضح عقد البيع إذ يربط القانون المصري تبعة هلاك المبيع بالتسليم على نحو يقع فيه تبعة هلاك الشئ على البائع مادام الشئ المبيع لم يسلم للمشتري ولو كانت الملكية قد انتقلت إليه (م ٤٣٧ مدني).

مدنى حيث تنص على أنه "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"[١].

أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فإن التبعة يتحملها الدائن لا المدين. ففى الوديعة بغير أجر إذا هلك الشئ المودع بسبب أجنبى انقضى التزام المودع لديه برد الشئ دون أن يلتزم قبل المودع بأى تعويض أو أى التزام آخر. وبذلك تكون تبعة الاستحالة، والخسارة الناشئة عنها قد تحملها الدائن وحده.

رابعاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

- **عقد المعاوضة**: هو ذلك الذى يعطى فيه كل متعاقد مقابلاً لما يأخذ، بمعنى أن يكون هناك أداء من جانب أحد الطرفين ومقابل لهذا الأداء من جانب الطرف الآخر. والأصل أن تكون هذه الأداءات المتقابلة متعادلة فى قيمتها. غير أن تساؤلاً يثور حول نوعية وحدود هذا التعادل، وهل ينظر إليه وفق معيار اقتصادى وموضوعى أم ينظر إليه وفق معيار شخصى. فمن وجهة النظر الاقتصادية لابد أن يكون التعادل معبراً عن المساواة فى القيمة المالية. وهذه النظرية صعبة التحقيق عملاً لأنها تقوم على مفهوم حسابى جامد لا يؤدى إلى استقرار فى المعاملات العقدية. أما النظرية الشخصية فتنظر

---

(١) وقد تجتمع التبعتان، تبعة العقد وتبعة الشئ، فيتحملهما شخص واحد كما هو الحال فى عقد الإيجار فإذا هلكت العين المؤجرة بسبب أجنبى، قبل تسليمها إلى المستأجر أو قبل انتهاء مدة الإيجار، فإن المؤجر يتحمل تبعة العقد بوصفه مديناً بالشئ وبالالتزام الذى استحال تنفيذه فلا يكون له أن يطالب المستأجر بالأجرة كما يتحمل خسارة أو تبعة هلاك العين المؤجرة بوصفه مالكها.

إلى التعادل وفق المنظور الشخصى لكل متعاقد دون الوقوف عند حرفية المساواة الحسابية بين الأداءات المتقابلة. فيكفى أن يكون هناك تعادل بين القيمتين وفق التقدير الشخصى لكل من طرفى العقد. وهذا الاسلوب الأخير هو الأقرب إلى تحقيق استقرار المعاملات، وهو يتفق مع مذهب القانون المدنى المصرى، ذلك أن هذا القانون لا يعرف نظرية عامة للغبن فى العقود ولا يسمح بالطعن فى التصرفات القانونية لمجرد عدم التعادل الاقتصادى بين التزامات أطرافها. ولهذا السبب فإن المادة ١٢٩ مدنى فى شأن الاستغلال تنص على أنه إذا كانت التزامات أحد الطرفين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد". وواضح من هذا النص أن المشرع لا يهتم بعدم التعادل فى ذاته إنما يعالجه إذا صاحبته ظروف وتوافرت فى شأنه شروط تستدعى التدخل المشار إليه فى النص السابق. وكذلك الحال فى معالجة المادة ٤٢٥ مدنى للغبن فى بيع عقار مملوك لناقص الأهلية، فإذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. وواضح أن المشرع يعتبر التعرض لمسألة التعادل فى الأداءات مسألة استثنائية لا تؤثر على العقد إلا بشروط وفى حالة خاصة، وان جزاء عدم التعادل هو رفع جزء منه وليس رفعه بصفة كلية، مما عكس أخذ المشرع عموماً بالنظرية الشخصية دون النظرية الاقتصادية فى تقييم أداءات عقود المعاوضة.

ويلاحظ أن العقود الملزمة للجانبين تنشئ بالضرورة التزامات متبادلة على عاتق كل من أطرافها. مع ملاحظة أن التزام أحد الطرفين قد لا يكون بالضرورة أداء مالياً فى العقد الملزم للجانبين، فى حين أنه كذلك دائماً فى عقود المعاوضات. وعلى العكس من ذلك فإن عقد المعاوضة لا يكون بالضرورة ملزماً للجانبين، فقد يتوافر وصف المعاوضة فى عقد ملزم لجانب واحد. ومن هذا القبيل عقد القرض بفائدة، فهو وإن تضمن التزام المقترض برد المال المقترض، فضلاً عن التزامه بدفع الفوائد المتفق عليها، فإن هذين الالتزامين يقعا على عاتق ذات الشخص، وهو المدين، فى حين أن الطرف الآخر، وهو الدائن (المقرض) لا يتحمل بأى التزام مقابل.

- **أما عقد التبرع** فهو العقد الذى يحصل فيه أحد المتعاقدين على قيمة مالية دون أن يقدم للطرف الآخر مقابلاً لها، فالمتبرع يلتزم بتقديم الأداء المتفق عليه فى حين لا يلتزم الآخر بشئ، ويتم ذلك فى إطار تنصرف فيه نية الملتزم تبرعاً إلى هذا المعنى، أى تتوافر لديه "نية التبرع". ولذلك يقال ان قوام عقد التبرع عنصران أحدهما **مادى** والآخر **نفسى**. أما العنصر المادى فهو انتفاء المقابل أو العوض العادل، على نحو يرتب فيه هذا العقد افتقاراً للملتزم واثراء للدائن. أما العنصر النفسى فهو اتجاه النية إلى هذا المقصد التبرعى تحديداً، أى أن تتجه نية المتبرع إلى إفادة الطرف الآخر على حساب نفسه، بدون مقابل، مدركاً لذلك المعنى وقاصداً إياه.

ومن تطبيقات تخلف العنصر المادى حالة ابرام عقد هبة مع فرض التزامات على عاتق الموهوب له تستغرق قيمة الشئ الموهوب. ففى هذه الحالة يكون العقد معاوضة لا تبرعاً. ولكن يلاحظ أن مبدأ التبرع يظل قائماً

ولا يتأثر بأن يفرض على الموهوب له التزام لمصلحة الواهب، إذا كانت قيمة هذا الالتزام أقل من قيمة المال الموهوب، وتوافرت نية التبرع لدى الواهب. ومن تطبيقات تخلف العنصر النفسى وبالتالى انتفاء وصف التبرع أن يبيع شخص شيئاً لآخر بأقل من قيمته ولكن دون أن يقصد نية التبرع، إذ لا يشترط فى البيع أن يكون الثمن معادلاً لقيمة المبيع، إذ يجوز أن يكون الثمن بخساً، مادام جدياً، وغير تافه، بل أكثر من ذلك فقد يتنازل شخص عن شئ لجهة بغير مقابل أصلاً، ومع ذلك لا تتوافر لدى المتنازل نية التبرع إذا كان قصده هو تحقيق مصلحة شخصية له، كمن يعطى أرضاً بغير مقابل لتقام عليها مدرسة قاصداً تصقيع المنطقة وزيادة ثمن أراضيه المجاورة. فمثل هذا العقد لا يكون تبرعاً لانتفاء العنصر النفسى. كذلك الحال لو قصد المتصرف إلى الوفاء بالتزام طبيعى، كقيام الأب بدفع ثمن جهاز ابنته من ماله الخاص، أو بدفع مهر زواج أحد أبنائه. أيضاً لا تعد هبة ،لانتفاء نية التبرع، هبة المكافأة التى يقدمها شخص لآخر مكافأة له على خدمة أداها أو عمل أنجزه[١].

وأخيراً فإن التصرفات التبرعية قد تكون عقوداً كالهبة، وقد تكون تصرفات بإرادة منفردة كما فى الوصية. وعقود التبرع عادة ما تكون عقوداً ملزمة لجانب واحد هو الواهب، غير أنها قد تكون أحياناً ملزمة للجانبين، كما فى حالة الهبة المصحوبة بتكليف على عاتق الموهوب له. كمن وهب أرضاً لجهة مع التزامها بإقامة مسجد على جزء منها.

---

(١) يلاحظ أن هناك فارقاً بين عقود الهبات وعقود التفضل ففى الهبة يكون موضوع العقد تقديم مال إلى الموهوب له بغير عوض وبنية التبرع، أما عقود التفضل فمحلها خدمة يؤديها المتبرع كالوديعة والوكالة، أو منفعة يقدمها (عارية الاستعمال)، وفى الحالتين أيضاً بدون مقابل.

أهمية التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرع:

١ - **من حيث المسئولية العقدية** فإن مسئولية المعاوض أشد من مسئولية المتبرع. وهو أمر منطقى وعادل، فالمعاوض يعطى ويأخذ مقابلاً، أما المتبرع فهو يعطى دون أن يأخذ سواء تمثل عطاؤه فى مال أو فى خدمة. ففى الوديعة بغير أجر تكون مسئولية المودع لديه أخف من مسئولية المودع لديه بأجر (م. ٧٢٠ مدنى) وفى عارية الاستعمال، وهى ترد على منفعة الشئ المعار، تكون مسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر لأن هذا الأخير يحصل على منفعة الشئ المؤجر بمقابل، فى حين أن المستعير يحصل على المنفعة مجاناً (م ٦٤١ فى شأن العارية وم ٥٨٣ فى شأن الإيجار) وكذلك الحال فى الالتزام بالمحافظة على الشئ حيث يلتزم المستأجر بأن يبذل فى العناية بالعين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (٥٨٣/ ١ مدنى) فى حين يلتزم المستعير بعناية أكبر هى ما يبذله من عناية في المحافظة على ماله الخاص، دون أن ينزل عن مستوى عناية الرجل المعتاد (٦٤١/ ١ مدنى)[1].

٢ - **دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البوليصية)** وهى دعوى يرفعها الدائنون ضد تصرفات مدينهم والضارة بمصالحهم، حينما تؤدى هذه التصرفات إلى إعسار هذا المدين أو زيادة إعساره. وتختلف شروط رفع هذه الدعوى عندما يكون تصرف المدين بعوض عنها فى التصرف التبرعى. ففى الحالة الأولى يشترط للحكم للدائن بعدم نفاذ تصرف مدينه أن يكون

---

(١) يلاحظ أيضاً ما تنص عليه المادة ٤٩٥ مدنى من أن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيوب وكذلك ما تنص عليه المادة ٤٩٦ من أن الواهب لا يكون مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

التصـرف منطوياً على غش من المديـن وأن يكون من صدر له التـصرف على علم بهذا الغش[1]. ومعنى هذا الشرط أن القانون يتطلب قدراً من التواطؤ بين المدين والمتـصرف إليه فإذا انـتفى الغش، على الـنحو السابق، رفـضت دعوى عدم النفاذ حرصاً على استقرار المعاملات.

أما إذا كان تصرف المـدين فى أمواله بغير عوض أى تبرعـاً، فإن القاضى يحكم بعدم النفاذ حتى ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً، ولو كان المتبرع له حسـن النية (م. ٢٣٨/ ٢ مـدنى) والمشـرع هنا يغـلب مصلـحة الدائنـين على مصلحة المتبـرع له، إذ أولى بالمدين أن يفى بديونه من أن يتبرع بـأمواله للغير. فضلاً عن أن التبرع أكثر إضراراً بالدائن من المعاوضة، لأن المال يخرج من ذمة المدين فى الحـالة الأولى دون مقابـل، فى حين أنه فى الثانـية يخرج فى مـقابل يدخل إلى ذمة المدين ويثرى بالتالى الجانب الإيجابى فيها.

٣ - من حيث **الأهلية والولاية** : إذ تختلف أحكامها فى المعاوضات عنها فى التـبرعات. ففـى التبرعـات تقع تصرفـات الصبى المميـز ومن فى حـكمه (السـفيـه وذو الغفـلة) باطلـة بطلاناً مـطلقـاً، أما فى المـعاوضـات فتـقع هذه التصـرفات قابلة للبـطلان (م ١١١ من القانون المدنـى) أما بالنسـبـة للولاية على المـال فلا يجوز لمـن له هـذه الولايــة سـواء كان وليــاً شــرعـياً (الأب والجد الصحيح) أو وصياً أو قيماً أن يتبرع بمـال للمشمول بولايته أو وصـايته أو قوامته، إلا بـإذن المحكمة وبشــرط أن يكون التبرع لأداء واجـب إنســانى

(١) ويكفى لـتوافر الغش فـى المعاوضات أن يكـون التصرف قـد صدر من المدين وهو عـالم أنه معـسر، كمـا يعتبـر من صدر له الـتصرف عـالماً بغش المدين إذا كـان قد علم أن هـذا المدين معسر(م ٢٣٨/ ١).

أو عائلى. أما بالنسبة للمعاوضات (م ٥ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) فلا يجوز للولى أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه، كما لا يجوز له أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة (م ٦ من قانون الولاية على المال). وبصفة عامة لا يجوز للولى أن يجرى اعمال التصرف إلا بإذن المحكمة أو تحت إشرافها. غير أن القانون ميز الأب بصفته ولياً طبيعياً بقدر أوسع من السلطات فى اعمال التصرف، إذ يجوز له أن يتصرف فى عقار القاصر أو محله التجارى أو الأوراق المالية دون إذن من المحكمة بشرط ألا تزيد قيمتها عن ثلثمائة جنيه. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر وكان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (م ٧ من ق الولاية على المال).

أما بالنسبة لأعمال الإدارة فإنها تجوز لمن لهم الولاية على المال بغير إذن المحكمة، إلا أنه لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة، تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠ من القانون المذكور) ولا تسرى جميع القيود السابقة على تصرف الأب فى الأموال التى يكون قد تبرع بها لابنه القاصر سواء كان التبرع صريحاً أو مستتراً، ولا يلزم الأب فيها بتقديم حساب (م ١٣ من القانون).

٤ - **شخصية المتعاقد** : الأصل ان شخصية المتعاقد هى محل اعتبار فى التصرفات التبرعية، وانها غير ذلك فى تصرفات المعاوضة. وهو فارق منطقى ينبنى على اختلاف كل من النوعين من حيث وجود المقابل أو انتفائه. فمن

يتبرع أو يوصى بمال إنما يفعل ذلك لشخص معين له اعتبار خاص فى مفهومه. أما من يعاوض، كمن يبيع أو يقايض أو يؤجر، فإن أمر المتعاقد الآخر عادة يستوى عنده، مادام يحصل على مقابل معادل لما يعطيه وفقاً للعقد. لذلك فإن الغلط فى شخص المتعاقد يؤثر فى صحة عقود التبرع، إذ يعتبر غلطاً جوهرياً لولاه لما أقدم المتبرع على التصرف، ولذلك ينطبق عليه ما جاء بالمادة ١٢١ مدنى من أن الغلط يعتبر جوهرياً على الأخص إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد. أما فى المعاوضات فالأصل كما أشرنا عدم تأثير ذلك إلا فى أحوال استثنائية يتبين فيها أن شخص المتعاقد كان محلاً للاعتبار بالنظر فى ظروف العقد وملابساته وطبيعته كما يحدث على الأخص فى عقود بعض شركات الأشخاص.

٥ - فى شأن الأحكام الخاصة بتصرفات المورث قبل وفاته :

فالتصرفات التى يثبت يقيناً أنها تمت معاوضة فإن الورثة لا يستطيعون الطعن عليها، أما ما يصدر ويكون مقصوداً به التبرع فإن المادة ٩١٦ مدنى تضع له حكماً خاصاً إذا صدر فى مرض الموت، إذ يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف، وبالتالى لا يسرى إلا فى حدود ثلث التركة. كذلك الحال لو قامت فى شأن تصرف المورث شبهة الوصية، فقد نصت المادة ٩١٧ مدنى على أنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً

إلى مـا بعـد المـوت وتـسرى عليـه أحكام الوصـية ما لـم يقم الدليـل على خلاف ذلك[١].

٦ - **من حيث ضمـان العيوب** :في عقـود المعاوضة يسـأل المعاوض عن ضمـان الاستـحقاق الـكلى والجزئـى. فإذا استـحق الشـئ المبيع مـن تحت يد المشـترى فإن له أن يـطالب باسـترداد الثـمن والتعـويض (م ٤٤٢ وما بعـدها مدنى) أما فى الهبة فلا يضمن الواهب الاستحقاق إلا إذا كان قد تعمد إخفاء سببه، وفى هذه الحالة يقدر القاضى التعويض العادل. فإذا كانت الهبة بعوض فلا يـضمن الواهب الاسـتحقـاق إلا فى حدود الـعوض المشار إلـيه (م ٤٩٤ مدنى) وتطبق ذات القاعـدة بالنسبة لضمان العيوب الخـفية (مواد ٤٤٧ مدنى فى شأن البيع و ٤٩٥ فى شأن الهبة).

٧ - **من حيث المحل** : يجوز فى عقود المعـاوضة أن يكون محل الالتزام شيئاً مـستقبلاً . مع تحفظ مؤداه أنـه لا يجوز التعامل فى تركة إنسـان على قيد الحياة ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التـى نص عليها القانون (م١٣١ مدنى) أما فى الـهبة فـإن هبة الأموال المـستقـبلة تقع باطـلة وبغيـر أى تحفظ (م ٤٩٢ مدنى).

٨ - **من حيث الشكل** : تخضع عقود المعاوضة لقـاعدة رضائية العقود، أى أنهـا تتم فـى الأصل دون حاجـة إلى أن تصـب فى شكل مـعين. أمـا فى الهبات فهى إما أن ترد على منقـول وفى هذه الحالة يجوز أن تتم بالقبض دون

---

(١) ونعتقد أيضاً أنه إذا اقترن تصرف بقيود من قِبَل المتصرف على حرية المتصرف إليه.. فإن هذه القيود تقدر وفق نظرة مختلفة فى حالة التبرعَ عنها فى حالة المعاوضة، إذ هى أيسر فى تقبلها فى الأولى عنها فى الثانية، من ذلك شروط المنع من التصرف.

حاجة إلى ورقة رسمية (م ٤٤٨/ ٢ مدنى) أما إذا وردت الهبة على عقار فهى عقد شكلى لا ينعقد أصلاً إلا فى ورقة رسمية.

خامساً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

ويدخل هذا التقسيم تحت بند عقود المعاوضة، فمن هذه العقود ما تُحدد فيه أداءات كل طرف بما يعادل فى نظره أداء الطرف الآخر، فكل منهما يعرف قدر ما يعطيه وقدر ما يأخذه نتيجة العملية التعاقدية، وهذه العقود تسمى عقوداً محددة، فالغرم فيها والغنم على قدم المساواة من حيث التحديد والمعرفة عند التعاقد. غير أن من عقود المعاوضة ما يسمى بالعقد الاحتمالى، وهو على عكس السابق، يتوقف فيه أداء أحد الطرفين فى وجوده أو فى مقداره على أمر غير محقق الوقوع، أى على مجرد احتمال، على نحو لا يتحدد فيه الغرم أو الغنم من وراء العقد على نحو معروف وقت التعاقد. فاحتمال الكسب والخسارة، في العقد الاحتمالى، هو أمر متوقف على مجرى حوادث مستقبلة. ولهذا المعنى فإن أحد المتعاقدين، فى العقد الاحتمالى، قد يقدم أداءً، أو يفى بالتزامه، دون أن يتلقى من الآخر شيئاً، وقد ينتهى العقد دون أن يتلقى شيئاً.،فهو، إن صح التعبير، يضارب على الكسب والخسارة. ولذلك فإن التوازن العقدى بين الأداءات غير قائم ابتداء على نحو معروف. وإذا هبطت فرصة احتمال الكسب بالنسبة لأحد المتعاقدين أثناء العقد أو عند انتهائه إلى لا شئ، واختل، بالتالى، التوازن العقدى تماماً، فإن ذلك لا يمكن أن يكون سبباً للبطلان. فاحتمال هذا الخلل قائم ابتداء فى طبيعة العملية العقدية.

ومن **أمثلة العقود المحددة** عقد البيع بثمن محدد. فأداء البائع، وأداء المشترى، يتحدد كل منهما منذ لحظة التعاقد، بحيث يعرف كل من الطرفين ما يأخذه وما يعطيه. ويلاحظ أن التقابل والتوازن بين الأداءات لا يعنى مطلقاً أن تكون الأداءات متساوية تماماً من الناحية الاقتصادية، فمثل هذه المساواة متعذرة عملاً، وغير مطلوبة قانوناً، خاصة وأن قيم الأشياء قد تتأثر بالنظرة أو الحاجة الشخصية. فمن يُعجب بفنان معين قد يشترى لوحة من أعماله بسعر أغلى مما يدفعه غيره، ومن يشترى منزلاً ملاصقاً لكى يضمه إلى أملاكه قد يدفع فيه سعراً أعلى. لذلك فإن فكرة التقابل المادي، والتوازن العقدى، فى شأنه، هى مسألة نسبية إلى حد ما، فغاية ما نتطلبه فى العقد المحدد هو أن تكون الأداءات محددة ومعروفة سلفاً ومتعادلة فى مفهوم كل طرف.

ومن أمثلة العقود الاحتمالية عقد التأمين على الحياة حيث لا يتحدد مقدماً إلى أى مدى سوف يستمر المؤمن له فى دفع الأقساط المتفق عليها. وفى التأمين عن الحريق قد تدفع الأقساط كاملة طوال مدة العقد دون أن يحترق الشئ المؤمن عليه، فلا تدفع الشركة أية مبالغ، وقد يحترق الشئ بعد دفع أول قسط فتدفع الشركة مبلغ التأمين كاملاً دون أن يفى المؤمن له ببقية الأقساط. فالاحتمال إذن قائم فى جانب كل من المتعاقدين. وقد يرد وصف العقد غير المحدد على عقود البيع، إذا أبرمت على نحو يلعب فيه الاحتمال دوراً جوهرياً. ومن أمثلة ذلك بيع عقار فى مقابل إيراد مرتب مدى حياة المشترى : ففى هذه الحالة لا يمكن معرفة قدر الثمن الذى سيدفع فى نهاية المطاف على وجه التحديد. فقد تطول حياة المشترط لحسابه فيرتفع قدر حصيلة الثمن، وقد ينقضى أجله فى فترة قصيرة فلا يحصل البائع من الثمن إلا على أقل القليل.

كذلك الحال فى بيع ثمار حديقة مقدماً بثمن جزافى محدد بصفة إجمالية (وليس بسعر الوحدة)، إذ لا يمكن معرفة قدر الربح أو الخسارة فى هذه الصفقة مقدماً. وأخيراً تعد عقود المراهنات - حين يجيزها المشرع - من أوضح صور العقود الاحتمالية، فالمضاربة فيها، واحتمال الكسب والخسارة، واضحان.

ويلاحظ أنه فى العقد الاحتمالى يعتبر احتمال الكسب والخسارة مرتبطين باعتبارهما عنصراً جوهرياً فى إرادة المتعاقد، وهذا ما يتضح من تأمل مثال واحد كعقد التأمين. فإرادة كل منهما مشوبة بخشية الخسارة وترقبها. وهى فى ذات الوقت مشوبة بالأمل فى الحصول على الكسب المنتظر والمحتمل. ولذلك فإن الاحتمال فى توازن تأرجحه، بين الكسب والخسارة، هو عنصر يدخل فى تركيب ركن السبب فى التزامات المتعاقدين. وهو يدخل بتوازنه على كلا جانبى الكسب والخسارة فى آن واحد. ومعنى ذلك أن كل من طرفى العقد يضارب على الآخر. وترتيباً على هذا المعنى فإذا انتفى الاحتمال المشار إليه بطل العقد لتخلف سبب الالتزام. ومن هذا القبيل أن يبيع شخص داراً بإيراد مرتب مدى الحياة، فى حين أن هذا الإيراد يقل عن الدخل الذى تدره الدار المبيعة. ففى هذا الفرض واضح انتفاء احتمال الكسب تماماً بالنسبة للبائع، ويضحى التزامه بنقل الملكية بغير سبب، خاصة وقد انتفت نية التبرع، وقصد المتعاقدان إلى إبرام عقد بيع حقيقى احتمالى. وكذلك الحال لو أن المرتب مدى الحياة قد تقرر - باعتباره ثمناً - لمصلحة شخص طاعن فى السن، لا تتناسب جميع احتمالات امتداد أجله إطلاقاً مع القيمة الضخمة للشئ المبيع.

ويلاحظ أخيراً، من ناحية ان العقد الاحتمالى لا يرد إلا فى عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، أما العقد الملزم لجانب واحد فلا يمكن أن يكون احتمالياً، لأن الاحتمال يفترض أداءات متقابلة مرتبطة، يحتمل فى كل منها الكسب والخسارة. ومن ناحية أخرى، وكما أشرنا، فإن هذا التقسيم لا يرد إلا بالنسبة لعقود المعاوضات. أما التبرعات فلا تكون إلا محددة حيث أن خسارة المتبرع فيها محققة من حيث المبدأ بغير جدال، وان كان قدرها قد يرد عليه الاحتمال كما فى التبرع بإيراد مرتب مدى الحياة. فالخسارة مؤكدة فى مبدأ حدوثها، احتمالية فى مقدارها. ولكن احتمالية القدر لا تؤثر فى وصف العقد بأنه محدد وليس احتمالياً، فقد سبق أن أشرنا إلى أن الاحتمال لابد أن يصيب الأداءات المتقابلة جميعاً، وفى التبرع لا تقابل من الأصل.

أهمية التفرقة بين العقد المحدد والعقد الاحتمالى:

يبدو أن أهمية التفرقة السابقة هى أولاً تفرقة علمية قوامها تحليل العقد من حيث مضمون الالتزامات الناشئة عنه، وكونها ذات أداء مؤكد، أو مجرد أداء احتمالى، أما من الناحية العملية والقانونية فإن أهميتها تبدو محدودة فى عدة أوجه. **ووجه الأهمية الأول** هو أن الطعن بالغبن فى التصرفات القانونية لا يرد إلا بالنسبة للعقود المحددة. وهو قول يقوم على قدر من المنطق المستمد من فلسفة التفرقة بين نوعى العقود. ذلك أن الغبن، حين يُدّعى به، إنما يستند إلى عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة، أى يستند إلى جدل فى قدر الأداء الذى يقدمه أحد الطرفين منسوباً إلى قدر أداء الطرفالآخر، ومدى الخلل - المدعى به بينهما. وهذه الأمور لا تتفق مع طبيعة العقد الاحتمالى حيث لا يعرف كل من الطرفين مقدماً قدر الغرم أو الغنم الذى سيعود عليه من

وراء تعـاقده. ومع ذلك فـإن جانبـاً من الفـقه يرى أن الـغبن وارد فى العـقود الاحتمالية، وذلك حين يختل التعادل بـين احتمال الكسب واحتمال الخسارة، كما هـو الحال فى بيع عقـار كبير القـيمة فى مقـابل ايراد مرتب مـدى الحياة، لشخص طاعـن فى السن، يعانى من أمراض خـطيرة للشيخـوخة، وهو خلل فى التعادل يصيب الـعقد منذ ابرامه. أما إذا كان التعادل قائـماً بين الاحتمالين لحظة ابرام العقد فـلا غبن حتى ولو اختل هذا التعادل بـعد ذلك بحدوث أمر توقف عليه قدر الالتزام.

وعلى أيـة حال فـإن القانـون المصرى لا يـعرف نظـرية عامـة للغـبن فى العـقود، وعـلى ما سـبق أن أشـرنا إليـه، إنما يعـرف فقـط تطبـيقـات خاصـة محدودة. **أما وجه الأهمـية الثانى :** فهو عدم تطبيـق نظرية الظـروف الطـارئة إلا علـى العقـود المحددة دون الـعقـود الاحتـماليـة. ولذات المنـطق الســالف عرضه. ذلك أن هـذه النظرية تفترض أن حادثـاً عاماً مفاجئـاً ليس فى الوسع توقـعه قـد طرأ بعـد ابرام العـقد، وقـبل بدء التـنفيـذ أو اكتـمالـه، وأدى إلى صيرورة تنفيذ الالتزام مرهقاً للمـدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وفى هذه الحالة يـتدخل القاضـى لمعالجة الخلـل الطارئ بين أداءات الطرفين إمـا بوقف تنفيذ العـقد حتى يزول الحادث، وإما بإنقاص التزام المـدين، وإما بزيادة التزام الدائن.

وواضح أن منطق النـظرية المذكورة لا يتفق مع طبـيعة العقد الاحـتمالى ففى هـذا العقد مـن المستحـيل، فى مفـهوم المتـعاقـدين ابتــداء، أن يختـل التوازن بين أداءاتهـا المتقابلة، فقد يخـسر أحدهما تماماً فى حـين يحقق الآخر كسباً واضحاً. **أما الوجـه الثالث** للأهمية فـهو خاص بالقانون الفـرنسى، فقد

صـدر فى فرنـسا قـانون فى ١٠ يـناير ١٩٧٨ (وتـعديـلاته) يتـعلق بـحمـاية المستهـلك وضرورة تبصيره ببـيانات معينـة عـند التعاقد، فى بعض عـمليات الائتمـــان. وقد قضـــى بأن هذه الحمايـة لا تنطبق على عـقود المعاوضـة التى ترتب مرتبـاً مدى الحياة للمـستهلك لأن هذا العـقد هو عقد احتـمالى وليس عقداً محدداً[(١)][(٢)].

سادساً : العقد الفورى والعقد الزمنى (أو عقد المدة) :-

– العقـد الفورى : هو الاتفاق الـذى يولد التزامات تحتمل التنفيذ مرة واحدة. فالزمن ليس عنصـراً جوهرياً فى تنفيذ الالتزام، وبالتالى ليس مقياساً لأى من الأداءات الناشئة عن العقد. ومثال هذا العـقد عقد البيع فالتزام البائع بنقل الملكية، والتزام المشترى بدفع الثمن، كلاهما يقبل التنـفيد دفعة واحدة، وليس للـزمن، بحكم طبـيعة العقـد، دخل فى هذا التنـفيذ. ويلاحظ أن عـقد البيع يعــد عقـــداً فورياً حتى ولـو كان الثمن أو تســليم المبـيع مؤجلاً لفترة أو فتـرات محـددة، إذ أن هذا الأجل هـو عنصـر اتفاقـى أضيف إلـى العقـد باعتباره عنصـراً عرضياً لا دخل له فى قياس الثمن أو قيـاس الشئ المبيع. فهو مجرد إضافة التنفيذ إلى أجل متفق عـليه، أما التنفيذ فى ذاته، سواء كان دفعة واحدة، أو دفـعات مقـسطة، فليـس ممتداً عـبر الزمن بالـنسبة لأى وحـدة من وحداته، فـهو فى جـميع الأحوال تنـفيذ فورى، ولا أثـر للأجل فى مضـمون

(١) محكمة باريس فى ٢٤ فبراير ١٩٨٣، منشور فى الاسبوع القانونى ١٩٨٤ - ٢ - ٢٠٢٨٢ والتعليق.

(٢) يلاحظ أيضـاً أنه فى العـقد الاحتـمالى إذا اتضح فـيما بعـد أن الاحتمـال الذى تعاقـد على أساسه الطرفان غير مـوجود عند التعاقد فإن العقد يقع باطلاً كـما فى بيع منزل بإيراد مرتـب مدى الحياة ثم يتضح أن المستفيد من المرتب كان قد توفى قبل التعاقد.

الأداء وقدره وهناك عقود فورية يتدخل الزمن فى تنفيذ التزاماتها رغماً عن إرادة المتعاقدين، ولكن الزمن لا يكون فيها عنصراً لقياس الأداء، وهى عقود المقاولات. فالمقاول الذى يتعهد بانجاز بناء، أو رصف طريق، لابد أن يستغرق تنفيذه لالتزامه فترة من الزمن هى الفترة اللازمة والكافية لإنجاز التنفيذ. ويُوصَف على عقد المقاولة بالعقد الفورى لأن الزمن ليس مقياساً لأداء العمل، خاصة وأن التنفيذ المستمر للمقاولة لا يقابله اشباع مستمر للعميل، إذ أن هذا العميل يتطلع إلى النتيجة النهائية المتوخاة من وراء التعاقد. لذلك فإن العلاقة بين المدة وبين مصلحة صاحب العمل هى فى حقيقة الأمر علاقة عكسية، فكلما تقلصت المدة كلما كان ذلك فى مصلحته وكلما زادت المدة كان العكس. لهذا السبب نقول ان الزمن فى عقد المقاولة ليس هو مقصود المتعاقدين ولا يمثل أى فائدة فى ذاته بالنسبة لهما، بل هو عنصر مفروض عليهما بحكم طبيعة العمل المطلوب، وان إنجازه يتطلب بالضرورة فترة زمنية.

– **أما العقد الزمنى :** فهو العقد الذى يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه على نحو يكون هذا الزمن هو وحدة قياس يقدر بها أداء أحد الطرفين. فمن الالتزامات فى مجال العقود ما لا يمكن أن يؤدى إلا مقترناً بالزمن. ومن الأمثلة الواضحة على هذه العقود عقد الإيجار، فهو عقد يرد على الانتفاع بشئ معين ولا يتصور ذلك إلا أن يكون خلال مدة زمنية معينة، لهذا السبب كان الزمن عنصراً جوهرياً فى هذا العقد بحيث تقاس المنفعة، فى الحصول عليها، بمدة معينة قد تكون ساعة وقد تكون اسبوعاً أو شهراً أو سنة.. إلخ ولا يتصور قياس الانتفاع إلا على هذا الأساس. كذلك عقد العمل لمدة معينة

فهو عقد زمنى لا يعقد عادة إلا لمدة. **ومن ناحية ثانية** فإن من العقود ما يتدخل الزمن فيه بقصد تحقيق تنفيذ دورى أو متتابع على حقب متعددة، وبقصد اشباع حاجة أحد المتعاقدين بحكم طبيعة نشاطه أو حاجته إلى هذا التنفيذ المتتابع المتكرر. وينطبق هذا التوصيف على عقد التوريد، ففيه يتفق المتعاقدان على اشباع حاجة متكررة لأحدهما على فترات متفق عليها، يتم فيها توريد المحل المعقود عليه. ويلاحظ أن المحل المعقود عليه هو بطبيعته قابل للأداء الفورى ولا يقاس بذاته بمقياس زمنى. ومع ذلك فقد نظمه المتعاقدان باعتباره عقداً دورى التنفيذ وأدخلا عنصر الزمن لاشباع الحاجة المتكررة لأحدهما ولقياسه بالزمن، بحيث أصبح هذا الزمن معقوداً عليه بمقتضى الاتفاق[١].

أهمية تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود مدة:

١ - التنفيذ المتعاصر: فى العقود الفورية يمكن أن يتطلب الطرفان تنفيذاً متعاصراً للالتزامات المتبادلة، وذلك بأن يتمسك كل منهما لتنفيذ التزامه قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما تعهد به. ومن هنا كان التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وارداً من جانب أى من الطرفين، أما فى عقد المدة فإن أعمال هذا الدفع يختلف بسبب وجود عنصر الزمن باعتباره جوهرياً فى أداء أحد الالتزامين، إذ يجب على المدين الذى اختلط التزامه بالزمن أن يبدأ بالتنفيذ أولاً، حتى يستوفى الدائن المنفعة المقصودة من التعاقد، كما هو الحال فى عقد الإيجار، فإذا استوفاها قام بتنفيذ التزامه المقابل. ولهذا السبب فإن الدفع بعدم التنفيذ فى عقود المدة يعمل لمصلحة الدائن بالانتفاع، وهو المدين بالأداء الفورى

(١) من قبيل ذلك أيضاً الإيراد المرتب مدى الحياة.

(المدين بالأجرة فى عقد الإيجار مثلاً) غير أنه إذا تبين للدائن بالأداء الفورى أن مدينه لم يف بما فى ذمته، رغم قيامه هو بالوفاء، فإن له فى هذه المرحلة اللاحقة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. ولذلك فإن الفارق بين العقدين، فى هذا الخصوص، هو فقط فى اختلاف وقت التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى كل من العقدين عن الآخر بالنسبة لأحد المتعاقدين. وهو فارق قد يختفى إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك، كأن يتفقا على الوفاء بالأجرة مقدماً.

٢ - الأثر الرجعى للفسخ : فى العقود الفورية إذا تم فسخ العقد يعود المتعاقدان إلى الحال التى كانا عليها قبل التعاقد (أى بأثر رجعى). ولا صعوبة فى ذلك فى العقد الفورى فمن باع لآخر شيئاً معيناً بالذات بثمن محدد، ثم فسخ العقد، رد كل منهما للآخر ما تسمله منه. وكذلك الحال لو قضى بالبطلان لأى سبب من أسبابه. وليس هناك مانع نظرى فى تحقيق إعادة الحال إلى ما كانت عليه. أما فى عقد المدة، كالإيجار، فإن تنفيذ أداء أحد الطرفين مخلوط بالضرورة بالزمن كعنصر جوهرى فيه (وهو الانتفاع الذى لا يتصور إلا عبر الزمن)، ولذلك إذا فسخ العقد بعد فترة من التنفيذ، كما لو فسخ لسبب يأخر المستأجر فى الوفاء بالتزامه بدفع الأجرة، فإن إعادة الحال إلى ما كانت عليه تصبح مستحيلة لأن الانتفاع بالعين تم خلال زمن مضى ولا يمكن أن يعود، لذلك يقتصر الفسخ على المستقبل أى بدون أثر رجعى. وإذا قضى ببطلان عقد الإيجار بعد أن نُفِّذَ جزئياً، فإن البطلان يعدم العقد منذ وجوده، وينفى عن العلاقة وصف الإيجار، ومع ذلك فلا يمكن تسوية آثار البطلان بأثر رجعى كامل، لأن المستأجر يكون قد استوفى المنفعة فعلاً خلال

مدة التنفيذ ولا يمكن استرجاعها، أى إعادتها إلى المؤجر، لذلك يكمن الحل فى احتفاظ المؤجر بما قبضه، ليس بوصفه أجرة (لأن العلاقة فقدت بالبطلان وصف الإيجار) ولكن باعتباره مقابلاً لشغل المكان مدة معينة مضت. وغالباً ما تقدر المحاكم قدر مقابل الانتفاع بما يعادل قدر الأجرة. ومن هنا تقترب آثار البطلان من آثار الفسخ فى العقد الزمنى. فكل منها يقتصر من الناحية العلمية على انتهاء العقد بالنسبة للمستقبل.

٣ - وقف العقد : إذا طرأت قوة قاهرة حالت دون تنفيذ العقد فإن أثرها يختلف باختلاف العقد فى بعض الحالات. ففى العقد الفورى إذا كان من شأن القوة القاهرة هلاك المعقود عليه، فى يد المدين بالتسليم، قبل التسليم فإن العقد ينفسخ بالضرورة. أما إذا كان من شأن القوة القاهرة أن تجعل من التنفيذ مستحيلاً، أو مرهقاً، على نحو مؤقت وغير نهائى. فإن للقاضى أن يوقف تنفيذ العقد لمدة معينة. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يؤثر الوقف على كمّ الالتزامات المتبقية، إذ تبقى واجبة الأداء بحالتها قبل الوقف وبما يتفق وبنود العقد.

أما إذا كان العقد من عقود المدة فإن أثر القوة القاهرة قد يقف فى الغالب عند مجرد وقف العقد دون فسخه، فمثلاً لو أن داراً مؤجرة للغير قامت الحكومة بالاستيلاء عليها مؤقتاً، قبل تسليمها للمستأجر، لاتخاذها مكاناً للإيواء المؤقت فى ظروف كارثة فيضان أو سيول أو حرب، فإن عقد إيجار المستأجر، يوقف إلى أن ينتهى الاستيلاء، فيستأنف المتعاقدان علاقتهما العقدية، إذا كانت مدة من العقد مازالت باقية. ويلاحظ فى هذا المقام أن

وقف التنفيذ يؤدى إلى نقص فى الأداءات المتـفق عليها، وزوال جزء منها هو الجزء المقابل للمدة التى فات على المتعاقدين الانتفاع بها. وترجع هذه النتيجة منطقـياً إلى أن الزمن عنصـر جوهرى فى العـقد وما مضى مـن الزمن لايمكن إعادته.

٤ - التجديد الضمنى والامتداد فى عقود المدة :

وهى ظاهرة ينفرد بها عقد المدة دون العقد الفورى فإذا أبرم عقد الإيجار مثلاً لمدة متفـق عليها، واتفق الطرفان على وجوب التنبـيه بالإخلاء، أو كانت المدة محددة بمقتضى القانون ولم يحدث التنبيه فى الحالتين، فإن العقد يمتد لمدة أخرى بذات شـروطه وأحكامه وضـماناته. وإلـى جانب هذه الظاهـرة توجد أيضاً ظاهرة الـتجديد الضمنـى لعقد المدة، وتتحـقق حين ينتهى عـقد الإيجار مثلاً بانتهاء مدته (سواء بعد التنبيـه بالانتهاء حال اشتراطه أو بغيره ان لم يكن مشترطاً فى العقـد) ومع ذلك يبقى المستأجر شاغلاً للعين بـعلم المؤجر وبغير اعتراضه. ففى هذه الحالة يتجدد العقد ولكن لمدة غير معينة(١).

٥ - الإعـذار : يشترط الإعذار فى العقد الفـورى لاستحقاق التعويض، ومعناه إنذار المدين لوضـعه موضع التقصير والإخلال بالالـتزام. أما فى عقود المدة فـإن الإعذار يصبـح غير ضـرورى. ويعود السـبب فى ذلك إلى ارتـباط التنفيذ بـالعنصر الزمنى، فإذا تأخر المديـن عن التنفيذ فإن هذا التـأخير لا يعد مجرد تـأخير، بل يعد إخـلالاً نهائياً بالالـتزام، لأن فحوى الأداء يتـحدد على

(١) يلاحظ أيضـاً أن عقد المدة الذى يتم ابـرامه لمدة غير محـددة يجوز لأى من طرفيـه أن يطلب انهاءه فى أى وقت مع مراعاة مواعيد التنبيه بالإخـلاء التى يتطلبها القانون كما هو الحال فى عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدنى، وعقود العمل غير محددة المدة.

الزمن، وما يمضى منه، بالتالى، لا يمكن تداركه. ونتيجةلذلك يكون التعويض عنه هو تعويض عن عدم التنفيذ، وليس عن التأخير فيه. ولذات السبب فان الإعذار يضحى غير مجد، وبالتالى غير لازم. ويتضح هذا المعنى السابق فى عقد الإيجار باعتبار أن طبيعته تجعل من الزمن عنصراً جوهرياً ومعقوداً عليه. فلو حل أجل التنفيذ ولم يقم المدين (المؤجر) بتمكين المستأجر من الانتفاع، لمدة اسبوع مثلاً، فإن هذه المدة تقابل كماً من الانتفاع فات على المستأجر بصفة نهائية، لا يجدى فى شأنها أى إعذار.

٦ - الظروف الطارئة : تعتبر عقود المدة مجالاً طبيعياً لتطبيق هذه النظرية، لأن شروط تطبيقها تفترض بالضرورة امتداد التنفيذ عبر حيز زمنى تتغير فيه الظروف، بما يتصور معه حدوث ظرف عام مفاجئ، يؤدى إلى خلل فى توازن العقد (عقد التوريد)، وبالتالى فإن مفهوم العقد الفورى قد يستعصى على توافر تلك الشروط. غير أن رأياً آخر يذهب إلى أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يقتصر على العقود التى يتراخى فيها تنفيذ الالتزامات بحكم طبيعتها ولكنها تطبق أيضاً على العقود التى يتراخى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها بحكم إرادة المتعاقدين (وليس بحكم طبيعتها). ومن قبيل ذلك البيع الذى يُتفق فيه على تقسيط الثمن اذ تطبق النظرية على الاقساط التى يحل أجل الوفاء بها بعد الظرف الطارئ. وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى (٣/ ١/ ١٩٦٣مجموعة النقض س١٤ ص٢٧ رقم٤، ونقض ١٨/ ٢/ ١٩٦٥ مجموعة النقض س١٦، ص ١٩١ رقم ٣٠ ونقض ٢/ ٧/ ١٩٧٤ مجموعة النقض، س ٢٥، ص ٨٩٥). وأساس هذا الاتجاه أن نص المادة ١٤٧/ ٢ مدنى قد جاء فى صيغة عامة مطلقة بحيث

يتسع تطبيقه ليشمل جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة زمنية يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل التنفيذ مرهقا للمدين، بحيث تنطبق (النظرية) على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين. وهو ما يحقق حكمة التشريع فى الحالتين، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه... وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير. وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفه دورية أو مستمرة، يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ. على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا الى خطأ المدين اذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره (نقض ٣/ ١/ ١٩٦٣ السابق الاشارة اليه).

سابعا : العقد التفاوضى وعقد الاذعان والتعاقد الجبرى :-

الأصل فى العقود أنها ظاهرة ارادية تعبر عن حرية الاختيار، سواء من حيث المبدأ، فى الاقدام أو الاحجام على ابرامها، أو من حيث مناقشة شروطها بين أطرافها بمقتضى الحرية والاختيار. غير أن تطور الاقتصاد والتجارة أظهرا فى العمل نوعا من العقود لا يتم فيه التعاقد بمقتضى حرية الاختيار، اذ يتمتع فيه أحد المتعاقدين بمركز يستطيع فيه أن يفرض شروطه على المتعاقد الآخر الذى لا يملك المناقشة وليس أمامه سوى أن يقبل التعاقد كما هو أن يرفض. وعندما يكون التعاقد متعلقا بسلعة ضرورية لا غنى

للمتعاقد عنها فانه لا يملك عملا رفض التعاقد، ولا يصبح أمامه سوى أن **يذعن** لارادة الطرف الاخر. ومن هنا سمى هذا النوع من العقود **بعقود الاذعان**. ومن قبيل ذلك عقود توريد الكهرباء أو المياه والاشتراك فى التليفون .

فمن يقدم على ابرام عقد من هذه العقود يجد نفسه أمام عقد معد سلفا بشروطه، لا يُقبل منه أن يعدّل فيها أو يغيرها أو أن يناقشها. ونظراً لأنها متعلقة بخدمة لا غنى عنها فانه يوقع العقد، اذعانا للطرف الآخر. لذلك فان هذه العقود تتميز بأنها تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك لا يستطيع أن يتجاوزها فى حياته العادية. كما أنها، وللسبب السابق، تفترض عدم مساواة بين الطرفين. فأحدهما مستهلك ضعيف (المذعن) والاخر شركة أو هيئة تحتكر أداء الخدمة أو السلعة احتكارا قانونيا أو فعليا. وأخيرا فان الايجاب، فى هذه العقود عادة ما يوجه، بطريقة موحدة ومعدة سلفا، إلى الجمهور عامة أو إلى فريق منه، وينفرد الموجب باعداد شروطه وفق نماذج معدة مقدما وغالبا مطبوعة. وقد وضع القانون المدنى المصرى تعريفا لأحد مظاهر عقد الاذعان فى المادة ١٠٠ والتى نصت على أن «القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها». كما نص على حماية المذعن فى المادة ١٤٩: اذا تضمن عقد الاذعان» شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». كما نصت المادة ١٥١/ ٢ على أنه «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

ومن ناحية ثانية فقد أدى تزايد تدخل الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية طائفة أو جماعة من الناس إلى وجود ظاهرة حديثة هى ظاهرة الاجبار على التعاقد، وبمقتضاها يجد الشخص نفسه مجبرا علي التعاقد بحكم القانون. ومن أمثلة ذلك التأمين الاجبارى على السيارات والذى يفرضه قانون المرور، وتبادل الوحدات السكنية الذى كان يقرره قانون ايجار الأماكن (م ٧/ ٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧) حيث كان المالك يجبر على التعاقد مع طرف التبادل، وكذلك الزام المالك بأن يحرر عقد ايجار للموظف المنقول الى بلد بدلا من زميله المستأجر السابق والمنقول إلى خارج البلد (م٧ من القانون ٤٩ لسنة ٩٧٧) والزام من رسى عليه مزاد عقار مبنى أن يحرر عقد ايجار للمالك الذي نزعت ملكيته، عن الجزء الذى كان يشغله بوصفه مالكا قبل رسو المزاد (م٦ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧)... الخ.

ثامنا: العقود الفردية والعقود الجماعية:

الوجه الغالب فى العقود أنها عقود فردية يتم ابرامها بين أفراد يسعى كل طرف إلى تحقيق مصالحه الذاتية من خلال التفاوض الفردى والوصول إلى اتفاق لا يلزم سوى طرفيه، ولا ينشئ حقوقا خارج دائرتيهما (مبدأ نسبية العقد). والأمثلة كثيرة لا تقع تحت حصر فى عقود البيع والايجار والمقايضة والهبة والمقاولة والنشر والعارية .... الخ.

وإلى جانب هذه الظاهرة الفردية، فى ابرام العقود، هناك ظاهرة أخرى جماعية وهى تتخذ صور عديدة أهمها :

(١) عقود تجمع بين مجموعة من الاشخاص يجمعهم غرض مشترك وينشأ عن اتفاقهم عادة شخص معنوى. ومن قبيل ذلك عقود الشركات[١] فعقد الشركة ينظم مشروعا مشتركاً بين أفراده، لا تتعارض فيه المصالح، وانما تتفق الارادات على تحقيق هدف واحد مشترك بين الجميع.[٢] وكذلك عقد انشاء جمعية لتحقيق أغراض معينة. ويلاحظ أن مثل هذه العقود لا تسرى فقط بين أفرادها المكونين لها ولكنها تسرى على من يتعامل مع الشخص المعنوى.

(٢) عقود تنظيم علاقات جماعية بين جهات (عادة شخص معنوى) تمثل قطاعا من قطاعات العاملين أو المستهلكين ومن يتعامل معهم. ومن هذا القبيل عقود العمل الجماعية التى يتم ابرامها بين نقابة تمثل قطاعا من قطاعات العمالية (كنقابة عمال الحديد والصلب أو النسيج) وبين نقابة أو اتحاد يمثل أصحاب العمل، بقصد وضع نظام نموذجى يجرى عليه التعامل فى العقود الفردية بين كل عامل وكل صاحب عمل. ويمثل هذا الاتفاق الجماعى الحد الأدنى الذى لا يجوز النزول عنه، ويقع باطلا أى اتفاق ينزل عن الحد الأدنى من الضمانات والمزايا التى يحققها الاتفاق الجماعى. ولهذا السبب فأن

---

(١) يمكن أن نشير أيضا الى الصلح الواقى من الافلاس فى القانون التجارى باعتباره عقدا يتم بين المفلس وجماعة الدائنين (بأغلبية حددها القانون) ويخضع لتصديق المحكمة (مواد ٣١٥ وما بعدها من القانون التجارى).

(٢) يلاحظ البعض أن مثل هذا العقد يتسم بعدم تعارض المصالح بين أطرافه على خلاف العقود الفردية (راجع bgy فى دالوز ١٩٨٢ ص ٦٢٧) وهو تمييز غير دقيق لأن جميع الاتفاقات أيا كان نوعها يتمثل فيها تعارض المصالح، والخلاف فقط هو جرعة أو درجة هذا التعارض فحسب.

الاتفـاق الجمـاعى له طابع نظامى والالتـزام به يتـعدى اطرافـه، كـأشخـاص اعتبـاريه الى العلاقات الفردية للأفراد التابـعين أو المنتمين لكل طرف. ومعنى هذا أن هذه العقود الجـماعية تتـجاوز مبدأ نسبـية أثر العقد المقـرر فى العقود الفـرديـة. ولذلك ذهب البـعض إلـى أن هذه العـقـود ذات طابـع لائحـى أو تنظيمى أكثر منه تعاقدى.

تقسيم:

نقسم موضوعات العقد الى عدة أبواب :

الباب الأول : أركان العقد وشروط صحته ونظرية البطلان.

الباب الثانى: آثار العقد الصحيح.

الباب الثالث: المسئولية العقدية وانحلال ا لعقد.

* * *

الباب الأول
أركان العقد وشروط صحته[1]

=========

لكى يتكون العقد لابد من توافر أركانه وشروط صحته : وأركان العقد هما اثنان: الأول هو الارادة، من جانب كل من الطرفين، والتى تتخذ مظهر التراضى على العملية القانونية المقصودة. والثانى هو **السبب**، وهو تعبير عن لماذا التزام المدين؟ وهو مقصور على الالتزامات العقدية دون غيرها، فهو الغرض المباشر الذى تتجه إليه ارادة كل من طرفى العقد. ومن هنا كان السبب مرتبطا بالارادة ارتباطا وثيقا، فهو تعبير في بعض جوانبه عن غائيتها وعن كونها ارادة مدركة وواعية للهدف المباشر الذى تتوخاه، ولكنه يبقى - أى السبب- رغم ذلك، ومن الناحية الفنية، عنصرا متميزا عن الارادة.

---

(١) راجع : فتحى عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد، ١٩٧٩، مجموعة بحوث كلية حقوق المنصورة، محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء، ١٩٨٠، ص ٢٣٥ وما بعدها.

يبقى بعد هذين الركنين: **المحل**، وهو ما يلتزم به المدين، ولذلك كان المحل ركنا فى الالتزام وليس ركنا فى العقد، إذ أن لالتزام كل طرف فى العقود الملزمة للجانبين محلا معينا: وكذلك فى التزام المدين فى العقد الملزم لجانب واحد.

وقد وضح القانون الشروط اللازمة لقيام العقد ولصحته فاذا انعدمت الارادة، انتفى أهم ركن فى العقد فلا تقوم له قائمة، كما لو أبرم العقد صبى غير مميز (م ١١٠مدنى) أو مجنون أو معتوه (م ١١٤ مدنى). وكذلك يكون الحكم لو تخلف السبب أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة (م ١٣٦ و ١٣٧ مدنى). وذات الحكم اذا لم يكن للالتزام محل أصلا، أو كان مستحيلا، أو كان غير معين وغير قابل للتعيين، أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة (م ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى) وفى جميع هذه الحالات يكون جزاء تخلف الشروط المذكورة بطلان العقد بطلانا مطلقا، أى يولد العقد ميتا وكأنه لم يوجد فى أى وقت من الأوقات.

يضاف إلى هذه الحالات السابقة حالات تقوم قائمة العقد صحيحا، غير أن صحته مهددة بالزوال، فيوصف العقد بأنه قابل للبطلان أو باطل بطلانا نسبيا، أى أنه صحيح ابتداء ولكنه مهدد بالبطلان الذي يتوقف على تمسك صاحب الشأن به، وصاحب الشأن هو الذى قصد القانون حمايته. وتعود هذه الحالات الى ما يتطلبه القانون من شروط لصحه الارادة (مواد ١١٥ مدني وما بعدها). وهذه الشروط هى : أن يصدر التعبير عن الارادة ممن تتوافر فيه الأهلية القانونية اللازمة لابرام التصرف (شرط الأهلية): وأن تكون إرادة المتعاقد سليمة، خالية من العيوب التى نص عليها القانون، وهى الغلط

والتدليس، والاكراه، والاستغلال (مواد ١٢٠ وما بعدها مدنى).

ولذلك فاننا سنعرض لدراسة أركان العقد وشروط صحته على النحو الآتى: (١) الارادة فى **وجودها وصحتها** (٢) **محل الالتزام** (٣) **السبب**. ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة أحكام البطلان المطلق، المترتب على تخلف الارادة، أو تخلف المحل أو عدم مشروعيته، أو تخلف السبب أو عدم مشروعيته. ثم نعرض لأحكام البطلان النسبى المترتب على تخلف **الأهلية** أو توافر **عيب من عيوب الارادة**.

الفصل الأول
وجود الارادة والتراضي
على ابرام العقد

أشرنا إلى أن الارادة ركن فى العقد، فهى أهم مقوماته، لذلك يوصف العقد بأنه ظاهرة ارادية، وهو حصيلة التقاء ارادتين متطابقتين التقيتا على احداث اثر قانونى. وقد نصت المادة ٨٩ من القانون المدنى على أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

وهذه الارادة، التى هى قوام العقد، لابد أن تكون ارادة معتبرة من الناحية القانونية، أى ارادة يعترف القانون بوجودها، ويؤهلها لاحداث الاثر القانونى المطلوب. فاذا انعدمت الارادة فلا ينشأ العقد أصلا. وقد اعتبر المشرع ان بعض الاشخاص ليس لهم ارادة يعتد بها شرعا. فالصبى الذي لم يبلغ سن السابعة، وكذلك المجنون والمعتوه بعد أن يصدر قرار من المحكمة بتوقيع الحجر على أى منهم ويتم تسجيل هذا القرار[١] (راجع المواد ١١٠ وما بعدها من القانون المدنى)، هم عديمو الارادة وبالتالى تقع تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا. وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن معنى جوهرية الارادة ومغزاه فى التصرف القانونى وانعدامه، بالنسبة للطوائف المشار اليها، بقولها «ان

---

(١) أما ما يصدر من تصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت العقد أو كان الطرف الاخر على بينه منها «م ١١٤/ ٢ مدنى».

المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزا يعقل معنى التصرف ويقصده. والغرض من كونه مميزا يعقل التصرف أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه. أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من ارادة حقه لازمة لقيام هذا الالتزام. فالارادة اذن ركن من الاركان الاساسية لأى تصرف قانونى(١).

---

(١) نقض مدنى ٨ مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر جزء أول رقم ١٦٩ ص ٣٢٩.

المبحث الثانـــى
اتجاه الارادة لاحداث أثر قانونى
(نية الالتـــزام)

لا يكفى لنشأة الالتزام وجود الارادة التى يعتد بها القانون، ولكن يجب، بالاضافة إلى ذلك، أن يتوافر لدى صاحبـها نية الالتزام القانونى، أى أن تتجه هذه الارادة الى احداث اثر قـانونى. فاذا تخلفت هذه البنيـة فلا ينشـأ الالتزام حتى ولو توافـر اتفاق بين طرفين أو اكثر. وهناك عـدة مستويات لتـخلف نية الالتزام بالمعنى المشار اليه[1]:

١ - هناك من الاتفاقات ما يدخل تحت بند **التفضل** من جانب على آخر، دون أن يقصد الأول الالتـزام فى مواجهة الثانى، أى لا يـقصد أن ينشئ رابطة قانونية بالمعنى الملزم. ومنها أعمال التسامح. فـقد يترك شخص جاره يستعمل جزء من أرضه علـى سبيل التسامح فـحسب، دون أن تتوافر لديه نـية الالتزام القانونى. وفي هذه الحـالة يكون من حق المتسامح أن يرجع عن تسـامحه وأن يمنع الاستخـدام المسموح به. أيضا أن يدعو صديق صـديقه الى تناول الطـعام لديه، فـمثل هذه الـدعوة، وان كـانت اتفـاقا بالمعنى العـام، الا أنهـا خلو من المعـنى القانونى، فـهى لا تنشئ التزاما على عـاتق الداع بالمعنى القانونى، لأن الدعوة كانت مجردةً عن نية الالتزام. وكذلك الحال فى الوعود العائلية بتقديم الهدايا فى مناسبات مـعينة، كمن يعد ابنه أو ابنته بتقـديم هدية فى عيد الميلاد أو عند الزواج. فـالوعد هنا ليس له قـيمـة الالتزام القانـونى لتجرده من الـنية اللازمة لذلك.

(١) راجع : محمد كمال عبد العزيز، السابق، ص ٢٣٩، وما بعدها.

٢ - **أعمال المجاملة**: ومن قبيلها اتفاق النقل المجانى، فمن يحمل شخصا من الطريق العام لتوصيله الى مكان معين، بدون مقابل، لا يقصد الى الالتزام القانونى، وبالتالى لا يقصد الى تحمل مسئولية عن عدم اتمام الرحلة. أيضا اذا قدم طبيب نصيحة مجانية الى صديق طلبها منه، ففى شأنها تنتفى نية الالتزام القانونى.

٣ - **أعمال المساعدة** : عندما يتقدم شخص لمساعدة آخر فى حالة خطر أو تهديد بخطر، فان النية لا تتوافر لانشاء التزامات قانونية بين الطرفين. ولم يكن النظام القانونى يرتب على مثل هذه الاعمال أي نتائج تتعلق بالالتزام القانونى الا فى حالة واحدة استحقت اهتماما وتنظيما مبكرا، هى حالة انقاذ السفن حال تعرضها للخطر فى البحار وتلقيها المساعدة في هذه الظروف، اذ يستحق من قام بالانقاذ عوضا ماليا يراعى فيه قدر ما فاته من كسب، وما لحق به من خسارة وأضرار وقدر ما قدمه من خدمات.

أما فى غير حالة المساعدة البحرية فلم تكن هناك اتجاهات لترتيب آثار قانونية على أعمال الانقاذ والمساعدة بصفة عامة. غير أن اتجاها فى القضاء الفرنسى ظهر مؤيدا ترتيب آثار قانونية على أعمال المساعدة أو الانقاذ التطوعية، والتى لم يكن يسبقها أى نوع من التعاقد. وذلك بتقرير تعويض أو مكافأة لمن يقوم بهذا العمل وأصابه ضرر من جراء القيام به، أو الزام القائم بالانقاذ بالتعويض من اخطائه التى سببت ضررا محددا. وهو ما اسندته بعض الاحكام الى قواعد المسئولية التقصيرية[1] فى حين اتجهت احكام أخرى الى

(١) نقض مدنى فرنسى ١٦ يونيو ١٩٨٢ بلتان المدنى- رقم ٦٢، جرينوبل ٧ ديسمبر ١٩٥٩، داللوز- ١٩٦٠، ص ٢١٣ والتعليق.

تطبيق أحكام الفضالة[1] ، وأن كان من الملاحظ أن احكام الفضالة لا تستجيب تماما لفرض المساعدة، لأن اعمال مساعدة أو انقاذ اشخاص فى خطر هو نوع من الواجب الاخلاقى والقانونى فى بعض التشريعات ومنها الفرنسى، أى أنها ليست عملا تطوعيا بحتا كما تفترضه أحكام الفضالة، فضلا عن أن الانقاذ هو نوع من الاستجابة لمقتضي مصلحة اجتماعية أكثر منه تدخلا فى شئون الغير لتحقيق مصلحته الخاصة.

غير أن الاكثر أهمية مما سبق هو الاتجاه الى تقريب اعمال المساعدة من نطاق الاعمال العقدية فى بعض الفروض، كما هو الحال فى أعمال المساعدة فى حوادث الطرق، حيث يعرضها من يقدم المساعدة ويقبلها الشخص في حالة الخطر.[2] غير أن هذا التقريب هو في حقيقة الامر مشكوك فيه، اذ ليس من السهل استظهار نية الالتزام على نحو واضح ومحدد فى مثل الغرض السالف عرضه. وما قد تستظهره بعض الأحكام[3] من ايجاب وقبول هو مجرد خدعة لا تقوم على سند من واقع أو من نية صحيحة الى الالتزام القانونى.

٤ - التعهد الاخلاقى أو كلمة الشرف Parole d' honneur وهو تعهد أدبى قد ينشأ بين أفراد العائلة الواحدة أو فيما بين الأصدقاء، ويتضمن تعهدا

(١) نقض مدنى فرنسى ١٦ نوفمبر ١٩٥٥ الاسبوع القانونى ١٩٥٦-٢-٩٠٨٧ وتعليق اسمان.

(٢) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٥٥، دالوز ١٩٧٠- ٤٢٢.

(٣) نقض مدنى فرنسى ١ ديسمبر ١٩٦٩، دالوز ١٩٧٠- ٤٢٢، راجع : مالورى وآخر، الالتزامات، ١٩٨٥، رقم ٢٣٣.

اخلاقيا بأداء عمل معين أو أداء عمل على نحو معين. وقد ينشأ مثل هذا التعهد فى نطاق المعاملات المدنية أو التجارية، كما قد ينشأ أيضا فيما بين الدول فى بعض الحالات gentlemens agreement ويلاحظ أن قيمة مثل هذه التعهدات متوقفة على الالتزام الاختيارى بها من جانب أطرافها، وبالتالى، تتوقف على مدى الثقة والأمانة التى يوليها كل طرف لتنفيذ هذا التعهد الأدبى. ولذلك يصنف الفقه الفرنسى مثل هذه التعهدات خارج نطاق نظرية الالتزام، لتخلف نية الالتزام بالمعنى القانونى(1)، وان كان يعطى لها بعض القيمة فى نطاق القانون التجارى، مع بطلان ما قد يرد فيها من شروط تستبعد الاختصاص القضائى أو التحكيم(2)، وفى علاقات الدول لا تمثل قيمة قانونية الزامية، ولكنها تولد ما يشبه الالتزام الطبيعى.

٥ - **اتفاق المبادئ وخطابات النوايا** : وهى صورة من التعهدات غير الملزمة التى عرفها العمل فى القانون التجارى وفى العلاقات الدولية. وهى تعبيرات لا تعنى اتفاقا ملزما بالمعنى المقصود فى القانون المدنى. وعادة ما يصدر اتفاق المبادئ أو خطاب النوايا، أثناء المفاوضات التى تجرى بين طرفين للوصول الى تعاقد كامل.وقبل الوصول الى هذه المرحلة، قد يصدرا خطاب نوايا يوضح الأمور التى انتهت فيها المناقشات الاولية أو المفاوضات إلى وضع اتجاهات متفق عليها بصفة مبدئية ايضا، مع استمرار المناقشات

---

(١) راجع: كلمة الشرف» فى دالوز ١٩٧٩- ص ١٠٧، مقال الاستاذ Oppetit.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٩ ابريل ١٨٧٣ دالوز ١٨٧٣- ١-٢٠٧، ونقض تجارى ١٠ يونيو ١٩٧٢، الاسبوع القانونى ١٩٧٢- ٢- ١٧١٣٤ والتعليق.

والمفاوضـات حول المسائل الاخـرى، وتنحصر قـيمتـها فى انها تعنى التـزاما بالاستـمرار فى التـفاوض، فـاذا قطعت المفاوضـات من جانب احـد الطرفين خلافا لخطاب النوايا فانه يلتـزم بتعويض الاخر عما لحق به من خسـارة نتيجة لقطع المفاوضات وفـقا لقواعد المسئـولية التقصيـرية وفى الاتفاق على اعلان «المبادئ» لا يلتزم اى من الطرفين بابرام العقد[١].

(١) مالورى واينس، السابق، رقم ٢٣٤.

المبحث الثانى
التعبير عن الارادة

الارادة فى جوهرها حقيقة باطنة، مقدمتها اتجاه الانسان بتفكيره إلى أمر معين، ثم تدبُّر هذا الأمر والاستقرار على انجازه بعقد العزم وحزمه فى هذا الاتجاه. غير أن هذه الارادة وهى كامنة فى النفس لا تنتج اثرا طالما أنها لم تخرج الى حيز الوجود مُجَسَّدَةً فى التعبير عنها بوسيلة من الوسائل العملية التى يقرها القانون[1]. ومن هنا كان الرضا فى التعاقد يتمثل، تجسيدا، في التعبير عن الارادة. غير أن من يُقدم على التعاقد قد يعبر عن ارادته أصالة عن نفسه. فهو يتعاقد، أو يلتزم بنفسه لنفسه. وفي حالات اخرى قد يتولى نائب عنه التعبير عن تلك الارادة، وهى صورة التعاقد بطريق النيابة. ونعرض فيما يلى للتعبير عن الارادة الصادرة من الاصيل، ونطلق به بحث مشكلات التعبير عن الارادة بصفة عامة، من حيث طريقة التعبير، ومن حيث الاعتداد بالارادة الباطنة، والظاهرة، ومن حيث ما قد يعترض التعبير من عوارض. ونعرض لهذه المسائل فيما يلى:

---

(١) ذلك أن القانون قد يشترط فى بعض الأحيان أن يكون التعبير عن الارادة صريحا، وقد يشترط المتعاقدان ذلك، ابرازا لاهمية التصرف القانونى المراد ابرامه.

المطلب الأول

تعاقد الشخص أصالة

نقصد بالتعاقد أصالة أن يتعاقد الشخص بنفسه لنفسه، دون انابة أحد. وهو حين يشرع في التعاقد يعبر عن ارادته الذاتية، إما **صراحة**، واما بطريقة **ضمنية**. وقد عرضت المادة ٩٠ من القانون المدنى لصورتى التعبير عن الارادة بقولها « ١-أن التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود» «٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنا، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا» ويتضح من هذا النص أن التعبير عن الارادة إما ان يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا: **والتعبير الصريح**، هو افصاح عن الارادة بالكتابة أو بالقول أو بالاشارة، على نحو يألفه التعامل بين الاشخاص. وبالنسبة للكتابة فان التعبير يكون عادة بلغة دولة أطراف التعامل، وقد يكون بلغة أجنبية. وقد تكون الكتابة عرفية أو رسمية بحسب الأحوال، وحسب ما قد يتطلبه القانون فى بعض الفروض. وقد تكتب بخط اليد أو بآلة ناسخة أو طباعة أو بطريق التلغراف أو التلكس أو الفاكس. قد ترد فى مشروع عقد أو نشره باعلان عن مشروع، موقعة أو غير موقعة من جانب صاحب الشأن، فالتوقيع لا قيمة له مادمنا فى مرحلة التعبير عن الارادة ولم يصل الأمر الى مرحلة التعاقد النهائى والملزم بطريق

الكتابة[1]. أما الاشارة، فهى ما يومئ به الشخص تعبيرا عن موقف معين يجرى العرف على اعطائه معنى خاصا ومحددا. فالاشارة تتخذ مدلولها المتعارف عليه بين الناس في معاملاتهم. ومن قبيل الاشارة تحريك الرأس عموديا دلالة على القبول أو الموافقة، أو أفقيا دلالة على الرفض، أو تحريك اصبع اليد فى أحد الاتجاهين المذكورين للدلالة على ذات المعنى المشار اليه. والاشارة المتداولة عرفا قد تكون لغة التخاطب والتعبير عن الارادة الجارية بالنسبة للبكم (الذين لا يتكلمون). وكذلك فى بعض أوساط التجارة، كما هو الحال في البورصة حيث تستخدم اشارات معينة بدلالات متعارف عليها أو فى بعض البيوع التى تجرى بالمزاد العلنى. أما التعبير بالقول فهو النطق بالعبارات باللسان تعبيرا عن مقصود الشخص، وقد يكون هذا التعبير فى المواجهة في صورة حوار بين طرفى التعاقد، وقد يكون في غير مواجهة كالتعبير بالتليفون، وقد يكون عن طريق وسيط ناقل للتعبير كالرسول يحمل افصاحا شفويا أو كتابيا من شخص إلى آخر.

غير أن التعبير الصريح لا يقتصر على الصور السابقة ، بل قد يتم باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دالالته على حقيقة المقصود". وتتحقق هذه الصورة فى كل حالة يكون الموقف الذى اتخذه الشخص كاشفاً بوضوح وبطريقة مباشرة عن مقصده من اتخاذ هذا الموقف. ومن الأمثلة على ذلك

(١) يلاحظ أن وثيقة التعاقد، رغم كتابتها فانها قد لا تكون موقعة فى بعض الحالات فمثلا حين يتسلم المسافر تذكرة السفر مدون عليها شروط العقد، خاصة ما يتعلق منها بتحديد مسئولية الناقل، فان هذه التذكرة تمثل وثيقة العقد قانونا. كذلك الحال بالنسبة لما قد يلازم بعض العقود من ملاحق مشار اليها فى العقد ولكنها غير موقعة.

وقوف سيارات الأجرة فى الموقف المعد لاستقبال الجمهور والرحيل بهم إلى حيث يقصدون، وعرض البضائع فى الآلات الالكترونية الحديثة مقرونة بأسعارها وبطريقة استخدامها، أيضاً عرض البضائع فى الواجهات الزجاجية للمحال التجارية على الجمهور. ففى مثل هذه الفروض يكون الموقف قاطعاً فى الدلالة على إرادة صاحبه دون أن يخالطها شك فى هذه الدلالة، أى على نحو لا تحتمل فيه تأويلاً. والتعبير في هذه الحالات هو تعبير صريح.

أما التعبير الضمنى عن الإرادة فيتوافر فى حالة اتخاذ موقف لا يكشف بذاته عن مضمون الإرادة واتجاهها[١]، ولكنه يكشف عنها بالنظر إلى ما لابسه من ظروف يفترض معها وجود هذه الإرادة واتجاهها إلى معنى محدد. فمن يبيع شيئاً مملوكاً لغيره لا يكشف تصرفه بذاته عن حقيقة اتجاه إرادته، ولكنه عندما يتخذ هذا الموقف بعد أن عرض عليه المالك الحقيقى أن يبيعه هذا الشئ وسلمه إليه، فإن تصرفه يعني تعبيراً عن إرادته فى الشراء. وهو تعبير ضمنى يستفاد من قيامه بالتصرف فى الشئ تصرف المالك. وكذلك الحال لو عرضت على شخص أن يكون وكيلاً لك فلم يعلن إرادته فى القبول صراحة ولكنه بدأ فى تنفيذ أعمال الوكالة، والمستأجر الذى يبقى فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يعد تعبيراً ضمنياً عن رغبته فى تجديد العقد. كذلك الحال إذا أنذر أحد الشركاء شريكه فى الأطيان مكلفاً إياه أن يسلمه نصيبه مفرزاً وإلا كان ملزماً بإيجاره على أساس مبلغ معين واستخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من عبارة الإنذار صدور إيجاب من مُعلنِه بتأجيره أطيانه للمعلن إليه بالسعر المبين بالإنذار استنتجت قبول المعلن

(١) إذ قد يحتمل أكثر من معنى لا يرجح أحدهما إلا بمرجح.

إليه لهذا الإيجاب **قبولاً ضمنياً من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار ومن استمرار وضع يده** على الأطيان المشتركة - ومنها أطيان المعلن - مدة ثلاث سنوات، وكانت المحكمة فى ذلك كله لم تخرج عن ظاهر مدلول عبارة الإنذار فإنها فى استنتاجها **القبول الضمنى للإيجاب** من هذه القرائن التى من شأنها أن تنتجه لا تكون قد خالفت القانون"[1].

ويلاحظ أخيراً أن التعبير عن الإرادة ضمناً يستوى مع التعبير الصريح، ومعنى ذلك أن قيمتهما القانونية واحدة. غير أن المشرع قد يعمد فى بعض الحالات إلى اشتراط التعبير الصريح قطعاً للشك باليقين، ودعوة للمتعاقد أن يفصح عن إرادته على نحو لا يدع مجالاً للتردد فى فهم فحواها، فضلاً عما يتوخاه المشرع فى مثل هذه الحالة من تنبيه المتعاقد إلى أهمية ما هو مقدم عليه أو خطورته. ومن النصوص التشريعية التى أوجبت التعبير الصريح ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا فى حالتين :

١ - إذا ذكر فيها **صراحة** أنه استوفى ديناً.

٢ - إذا ذكر **صراحة** أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته".

وما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من أنه "إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن قد اشترط **صراحة** عدم الرد" وكذلك الحال فى المادة

---

(١) نقض ٢١/٤/١٩٤٩ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض في خمسة عشر عاما بند ٣ ص ٨٣٢.

٥٩٧ مدنى التى تشترط - لبراءة ذمة المستأجر الأصلى قبل المؤجر فى حالة التنازل عن الإيجارأو الإيجار من الباطن - أن يصدر من المؤجر قبول **صريح** بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.

وقد يصبح التعبير الصريح عن الإرادة مطلوباً بحكم الاتفاق بين الطرفين. فالاتفاق على اقتضاء التعبير الصريح واجب الاحترام عملاً بشريعة العقد(١) فى هذه الحالة.

السكوت والتعبير عن الإرادة:

هل يصلح السكوت فى التعبير عن الإرادة؟ تثور هذه المسألة بسبب طبيعة السكوت. والسكوت صمت، أى عدم. وهو يختلف، فى هذا المعنى، عن التعبير الضمنى عن الإرادة. فالتعبير الضمنى هو موقف إيجابى، يفيد معنى معيناً فى عرض التعاقد (الإيجاب) أو فى قبول ما يعرضه الغير (القبول). أما السكوت باعتباره موقفاً سلبياً فالأصل فيه عدم الصلاحية للتعبير عن الإرادة. وهو لا يصلح يقيناً فى التعبير عن الإيجاب، أى فى التعبير عن العرض الأول الذى يطرحه شخص على آخر بغية التعاقد معه. ولذلك فقد انحصر السؤال فى مدى صلاحية السكوت فى القبول، أى قبول ما يوجه إلى الشخص من إيجاب صدر له من غيره؟

والأصل كما أشرنا، هو عدم صلاحية السكوت(٢)، إذ أن على الشخص

---

(١) كما قد يتفق على أن يكون التعبير فضلاً عن صراحته مجسداً فى ورقة عرفية أو رسمية.
(٢) راجع فى هذا المعنى حكم قديم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٩٣٩/١٢/٢٦ حيث قضى بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى ولو تأخرت الحكومة عن =

أن يعبر عن إرادته بموقف إيجابي، قولاً أو إشارة، أو كتابة، أو باتخاذ موقف صريح أو ضمني. لذلك قيل بحق "لا يُنْسَبُ لساكت قول". وهو وضع منطقى إذ "العدم" لا يدل على شئ، وان حاولنا أن نستخلص منه معنى معيناً فقد يتراوح التقدير بين الرفض أو القبول، أو عدم الانتباه ولا يمكن القطع بترجيح معنى على آخر بسهولة، والأمر المؤكد ترجيحه هو أن السكوت أقرب للرفض منه إلى القبول.

غير أنه، **وعلى سبيل الاستثناء**، قد تصاحب السكوت ظروف، أو ملابسات، تحمله على معنى بذاته. ولذلك قيل فى مقام هذا الاستثناء الممكن، أن "السكوت فى معرض الحاجة بيان". ففى بعض الفروض يتعين على الشخص أن ينطق، متخذاً موقفاً، فإن تحصن بالسكوت، حُمِلَ سكوته محمل القبول ضمناً. وقد أخذت المادة ٩٨ من القانون المدنى بهذه الفكرة فى بعض الحالات :

"١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب".

= الرد فى الميعاد القانونى، كما قضت فى ٦ ديسمبر ١٩٢٦ بأن سكوت المشترى أكثر من ثمانية أيام دون رد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً فى صفقة كانت موضوعاً للمفاوضات لمدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاء من المشترى (أشار اليها السنهورى، مصادر الالتزام، رقم ١١٢ فى الهامش). وفى القضاء الفرنسى حكم قديم لمحكمة النقض فى ٢٥ مايو ١٨٧٠، دالوز ١٨٧٠ - ١ - ٢٥٧، بأن السكوت لا يكفى فى مقام الالتزام خاصة إذا كان مجرداً عن أى ظرف أو ملابسة، ومن الأحكام الحديثة نقض مدنى فرنسى أول مايو ١٩٧٩ جازيت دى باليه، عدد ١٩ أكتوبر ١٩٧٩ (بانوراما) ونقض تجارى فرنسى ٢٦ أكتوبر ١٩٨٣ جازيت دى باليه، عدد ١٩ ابريل ١٩٨٤ (بانوراما).

"٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".

كذلك ما نصت عليه المادة ٤٢١ مدنى من أنه فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو أن يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها. فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكينه من تجربة المبيع "اعتبر سكوته قبولاً".

ونعرض للحالات المشار إليها فى هذه النصوص فيما يلى :

١ - **طبيعة المعاملة أو العرف :** قد يجري العرف فى بعض الحالات على أن سكوت أحد المتعاقدين يعد قبولاً للعقد أو لبعض الشروط الملحقة به. وقد ينشأ هذا العرف من طبيعة التعامل بين الأشخاص. ومن قبيل ذلك ما قد ينشأ فى العرف التجارى من اسباغ القوة الملزمة على الشروط الملحقة بالعقد لمجرد سكوت أحد الطرفين وعدم اعتراضه عليها. وكذلك الحال عندما يرسل أحد العملاء من الأقاليم طلباً بشراء بعض السلع من أحد المحلات الكبيرة فى العاصمة، فترسل إليه البضاعة مع فواتير الثمن، إذ يعتبر السكوت فى هذه الحالة قبولاً. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى مثل هذا الفرض الأخير أن سكوت المرسل إليه يعتبر قبولاً أيضاً لشرط الاختصاص القضائى المسند لإحدى محاكم العاصمة (محكمة السين)[1]. أيضاً يعد التعاقد تاماً بالقبول،

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٧ يناير ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ١٧٥.

وفقاً لعـرف السوق، متى كان هذا العرف يفـرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقـيم الدليل على عدم انعقاد العـقد. وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله وخطئه[1].

٢ - السكوت الملابس ووجـود تعـامـل سـابق : وقـد تـلازم السكوت ظروف ومـلابسات تحـمله على معنى الـقبـول. وهى مسـألة تقديرية لقـاضى الموضوع، فـهو الذى يقـدر تلك الظروف والملابسات لكى يرى مـا إذا كانت كـافيـة لحمل الـسكوت محـمل القـبول أم لا فى ضـوء التـعامل الســابق بين الطرفين. ويلاحظ فى هـذا الخصـوص أنه فى بعض الحـالات يكون مـوقف الساكت، فـى ضوء الظروف، حامـلاً لمعنى القبـول بوضوح، دون غـموض. وهو فى هذه الحالة يعد، وسيلة للتعبير عن الإرادة. ومن الامثلة ما استخلصته بعض المحاكم من أن ارسـال عرض التعاقد مـع فرض مهلة لقبـول السعر أو رفضه، يضع على عاتق المرسل إليه واجباً بالرد فإن سكت أعتبر سكوته قبولاً للسعر المعروض[2]، وهو ما لا يقتصر سـريانه على إبرام العقد بل قد يمتد إلى إجـراء تعـديلات على شـروط التـعـاقـد، كأن يـرد المرسل اليـه على الموجب باقتراح تعديلات على شروط العقد، اذ قد يعـتبرها القاضى مقبوله من جانب الموجب لمجرد سكوته عن الاعتراض. كما قـد يمتد اعمال إلسكوت الى فسخ العقد، كما لو أن شخصا كان قد أوصى بكميات كبيرة من الفحم من انجلترا، ثم قامت الحـرب، فأخبـره المصنع أنه يستحـيل عليه ارسال مـا يطلب بعد أن منعت الحكومـة الانجليـزية تصـدير الفـحم، فـسكت، ثم عـاد يطالب المصنع

(١) السنهورى، السابق، رقم ١١٣ فى الهامش وأحكام القضاء المختلط المشار إليها.
(٢) نقض مـدنى فرنسى ١٢ يناير ١٩٩٨ بـلتان المدنى - ١ - رقم ٨، راجع "جـستـان" العقـد، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، رقم ٢٩٧.

بتنفيذ العقد. ففى مثل هذه الحالة يجوز للقاضي اعتبار أن سكوت المشترى قد جعل المصنع على حق فى اعتقاده بفسخ العقد[١]. ويلاحظ أن هذا المثال الاخير يمثل إعمالا لقاعدة السكوت الملابس. أما الامثلة الاخرى فهى تطبيق لما أملته المعاملات السابقة بين الاطراف فى اعطاء السكوت معنى القبول.

ومن ناحية أخرى فان اعتبار السكوت تعبيرا عن الارادة، أى اعتباره قبولا، قد ينبنى **على فكرة الخطأ فى السكوت،** فقد يسكت الشخص على نحو ينطوى على عسف فى استعمال الحق مما يلحق ضررا بالطرف الاخر كان يمكن تفاديه لو أن الساكت قد استبدل بسكوته الافصاح المناسب قبولا أو رفضا. وقد ينظر الى السكوت باعتبار أن صاحبه قد خلق مظهراً اعتمد عليه الطرف الاخر، وهنا يعتبر السكوت قبولا كنوع من الجزاء[٢].

٣ - اذا تمخض الايجاب عن منفعة محضة : قد يعرض شخص على آخر عرضا يتمخض عن مصلحة بحته لهذا الاخير، فاذا سكت أعتبر سكوته قبولا ينعقد به الاتفاق. ومن الامثلة على ذلك عارية الاستعمال، فحيث يعرض شخص على زميله أو صديقه أن يعيره سيارته ثم يسكت المخاطَبْ فان سكوته يعد قبولا ينعقد به عقد عارية الاستعمال. وكذلك الحال فى الهبة اذا لم يكن القانون يشترط فيها الرسمية للانعقاد. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ سنة ١٩٣٨ فى قضية تتلخص فى أن مؤجرا عرض على المستأجر تخفيضا فى الاجرة نظرا لما لاحظه من تعثره في الوفاء بها، وأملاً فى

---

(١) السنهورى، السابق، فى الهامش.
(٢) راجع : جستان، السابق، رقم ٢٩٧، وليتمان، رسالة عن السكوت فى تكوين العقد، ستراسبورج، ١٩٦٩ رقم ١٥٥ وما بعدها.

أن ينتظم مستقبلا فى الوفاء، وقد تلقى المستأجر هذا العرض وسكت عن الرد. ونظراً لاستمرار المستأجر فى عدم الوفاء فقد طالبه المؤجر بالقيمة الايجارية دون التخفيض السابق عرضه عليه، متمسكا بالاجرة كما هو متفق عليه ابتداء، ولأن المستأجر لم يعلن قبوله للتخفيض، غير أن محكمة الموضوع اعتبرت أن اتفاقا قد انعقد على التخفيض وأن قبول المستأجر يكفى فيه السكوت، لأن ما عُرض عليه من تخفيض تمخض عن منفعة بحته لصالحه. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى.(١) وقد ضمن القانون المدنى المصرى هذا الحكم المادة ٩٨ سالف الذكر.

٤ - السكوت الموصوف : وهو ما يرد به نص خاص يلزم الشخص بالافصاح عن ارادته بصفة ايجابية والا اعتبر سكوته قبولا. وقد أوردنا تطبيقا له فى القانون المدنى المصرى الخاص بالبيع بشرط التجربة. وقد تكفل النص ببيان تفصيله وحكمه وكيفية إعماله(٢).

التعبير عن الارادة والارادة الباطنة:

التعبير عن الارادة هو التجسيد الخارجى الملموس للارادة الحقيقية او للارادة الباطنة للمتعاقد. وهذا التجسيد هو ضرورة فعلية ومنطقية، اذ لا يتصور أن تلتقى ارادتان دون أن يفصح عنهما خارجيا بمظاهر مادية محسوسة. وهذا المعنى وهو أساس التفرقة بين مجرد النية او التوجهات

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٩ مارس ١٩٣٨، دالوز ١٩٣٩-١-٥ واجتماعى ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ بلتان المدنى ١٩٧٠- ٥ رقم ٧٢٢ وأيضا نقض فرنسى ١٢ فبراير ١٩٨٥ بلتان المدنى -٥- رقم ٩٦.

(٢) يلاحظ أنه فى حالات السكوت الملابس يقع عبء اثبات أنه قبول على من يدعى ذلك، لأن هذا الادعاء مخالف للاصل فى عدم الاعتداد به.

النفسية الداخلية، (وهى جميعا لا قيمة قانونية لها فى ذاتها مادامت حبيسة النفس الداخلية)، وبين ارادة الالتزام التى تنتج آثارا قانونية، والتى لابد ان تكون ظاهرة بتعبير ملموس. لذلك عبرت بعض الاحكام القضائية فى فرنسا عن المعنى السابق بالقول بأن كل عقد يقتضى اساسا تلاقى **تعبيرين** أو أكثر عن الارادة، أحدهما صادر عن الموجب (الايجاب) والآخر صادر عن القابل (القبول)[١].

والأصل أن يتطابق المظهر، وهو التعبير عن الارادة، مع الجوهر، وهو حقيقة ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا. فان توافر هذا التطابق فلا تكون هناك مشكلة. غير ان المشكلة تثور اذا حدث اختلاف بين المظهر والجوهر، أى اذا ثبت ان التعبير الظاهرى عن الارادة لم يكن مطابقا لما اعتمل فى النفس من ارادة حقيقية وهو ما يحدث بسبب خطأ فى التعبير يرجع الى عدم الاطلاع الكافى على شروط التعاقد أو سوء فهم لتلك الشروط.

ويختلف حل هذه المشكلة، عند قيامها، باختلاف وجهة النظر التى نعتمدها فى شأن تكوين العقد من حيث تبنى أحد مفهومين. إما مفهوم أن العقد هو حصيلة **تعبيرين** متطابقين عن الارادة وبغض النظر عن حقيقة الارادة الباطنة، فان كان الامر كذلك فلا اهمية للارادة الباطنة ولا اثر لاختلافها عما تم التعبير عنه. إما أن نأخذ بمفهوم آخر يعتبر أن العقد هو حصيلة التقاء **ارادتين حقيقيتين**، وأن العبرة بالتالى هى بالارادة الحقيقية بكل ما يخالطها من اعتبارات نفسية في تكوينها، وما يصاحبها من تحديدات فكرية تسبق الرضاء.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ١٦ ابريل ١٩٢٤، دالوز ١٩٢٤- ٣٢٩، ١٥ نوفمبر ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٨-١-١٢٢.

وفى هذه الحالة لا قيمة للتعبير الا بقدر ما يصادف حقيقة مضمون الارادة الداخلية.

وقد عرف الفقه الاتجاهين السالفى الذكر من خلال نظريتين متعارضتين احداهما تأخذ بالارادة الباطنة، والأخرى تأخذ بالارادة الظاهرة. وقد اتخذ المشرع المصرى لنفسه موقفا من هذا الخلاف. وهو ما نعرضه فيما يلى :-

نظرية الارادة الباطنة :

وتقوم هذه النظرية على أن ارادة التعاقد هى الارادة الحقيقية وأن هذه الارادة هى أساس القوة الملزمة للالتزام، أما التجسيد المادى لهذه الارادة، والذى يتخذ صورة التعبير عنها فليس سوى قرينة على حقيقتها. فبغير التعبير لا يمكن أن نصل الى مكنون النفس. ولذلك فهذا التعبير لا قيمة له فى حد ذاته إلا باعتباره وسيلة لمعرفة حقيقة الارادة، وليس له بالتالى قيمة فى خلق الالتزام. فاذا أُقيم الدليل على أن المظهر الخارجى لا يطابق حقيقة الارادة كانت العبرة بهذه الحقيقة وليس بما نطق به التعبير الخاطئ. غير أن هناك من الفروض ما يتعذر فيه على القاضى أن يتوصل الي معرفة الارادة الحقيقية على نحو مقطوع به. وفي هذه الحالة على القاضى أن يبحث عن الارادة المفترضة، باعتبارها وسيلة للتعرف على الارادة الحقيقية. ويستند انصار هذه النظرية، فى تدعيمها، الى عدة حجج:

١ - **حجة تاريخية :** تعتمد على اختفاء الشكلية بصورتها القديمة، خاصة تلك التى كان يتبناها القانون الرومانى. فقد اتجهت الانظمة الحديثة الى مبدأ الرضائية فى العقود. ومعنى هذا المبدأ الاخير أن الانسان يلتزم بكلمته أو

بتعهـده، دون ضرورة لأى شكل خاص، فالأمر مـعقود لارادته الحقيـقية التى يعبر عنهـا. ومن هنا دُعمّت القاعدة الاخـلاقية فى ضرورة الوفـاء بالعهود ثم القاعدة القانونية فى أن العقود شريعة المتعاقدين. وأن هذا التحول انما يعنى أن الارادة الحقيقية هى التى تنشئ الالتزام بغير شكليات محددة.

٢ - **حجية منطقية** : ان العقد منـاطه الارادة، وأن حقيقة المعنـى المقصود بذلك أن الشخص يلتزم لانه اراد الالتزام، وأن الطرف الاخر قد قبل هو أيضا هذا الارتباط القـانونى. لذلك ليس من المعقـول أن نلزم الشخص الا بما اراده حقـيقة، فـان كان الافصـاح عن الارادة، أى التعبـير عنهـا، خاطئا، فـلا يقوم الالتزام.

٣ - **حجة اقتصادية** : وهى أن العـقد يمثل تصورا اقـتصـاديا مسـتقبـليا بالنسـبة للمتـعاقـدين وهو تصور قائم عـلى حقيـقة ما أراداه مـن توازن مالى واقتصادى فى مفهوم كل منهما. فاذا جاء العقد غير معبر عن الارادة الحقيقية بما يُلزِم المتعـاقد بغيـر ما أراده، فان التـوقعات العـقدية الاقتـصادية ستـصبح مغلوطه وغير مطابقة لحقيقة مقصد المتعاقد.

نتائج الاخذ بهذه النظرية :

١ - **تفسيـر العقود** : اذا اخذنا بـنظرية الارادة الباطنة تعـيَّن تغليب هذه الارادة على الارادة المعلنة عند تفسـير بنود العقد. ومن هنا كـان على القاضى أن يتقصى تلك الارادة الحقيقية، أى الارادة الباطنة. وقد أخذ المشرع الفرنسى بهـذا الاتجـاه حين نص فى المادة ١١٥٦ من القـانـون المدنى على القـاضي أن يبحث عن النية المشـتركة للمتعاقـدين دون ان يتوقف عند حرفية التعـبير وفى ذات المعنى ذهبت المادة ١٥٠/ ٢ من القانون المدنى المصرى.

٢ - **وقت تفسير العقد** : يجب على القاضى وفقا لنظرية الارادة الباطنة، حين يجرى تفسيرا للعقد، أن ينظر فى هذا التفسير الى وقت ابرام العقد. فهذا الوقت هو الذى يعتد فيه بالارادة الحقيقية للمتعاقدين، وبالتالى لا يجوز النظر إلى تلك الارادة فى أى وقت آخر، كوقت تنفيذ العقد، أو وقت صدور حكم المحكمة. وبناء على ذلك يتعين على القاضي أن يأخذ فى الاعتبار، عند التفسير، الظروف والملابسات الخارجية التي كانت قائمة **لحظة التعاقد،** لأن هذه الظروف والملابسات هى التى أثرت فى تكوين الارادة الحقيقية وكانت محلا لاعتبار المتعاقدين الى درجة كبيرة ومؤثرة.

٣ - **الاعتداد بعيوب الارادة** : ذلك أنه اذا كانت الارادة الحقيقية هى مصدر الالتزام، فانها يجب أن تكون صحيحة، خاليةمن العيوب. ويترتب على هذا المنطق ضرورة ابطال العقد اذا تَعيّبَتْ الارادة بأحد العيوب المؤثرة فى سلامتها.

٤ - **الاعتداد بالسبب** : فالارادة لا تتحرك إلا مدفوعة بسبب يوجهها إلى الهدف الذى تبتغيه. وهذا السبب قائم على مستوى الارادة الباطنة وليس على مستوى مجرد التعبير عنها. ومن هنا يتعين ان تحتل نظرية السبب مكانا هاما في نظرية الالتزام فيبطل الالتزام اذا كان بغير سبب. أو كان السبب مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة. كما يبطل الالتزام اذا كان الباعث الدافع اليه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة أيضا.

نظرية الارادة الظاهرة أو نظرية الارادة المعلنة :

وتستند هذه النظرية الى مفهوم مناقض لمفهوم النظرية السابقة: فوفقا لها ينشأ الالتزام عن التعبير الخارجى عن الارادة، وليس عن الارادة الباطنة

(الحقيقية). فالتعبير هو وحده الذى يعطى للارادة طابعها الموضوعى والاجتماعى الضرورى، وبغيره لا تصل الارادة الى مرحلة الحياة القانونية. وقد أخذ القانون الالمانى بهذه النظرية الى حد ليس بالقليل، كما أيدها من الفقه الفرنسى الفقيه الكبير «سالى» Saleilles . وقد استند انصار هذه النظرية، بدورهم، فى تأييدها الى عدة حجج مناقضة لحجج النظرية السابقة :

١ - **حجة تاريخية :** مفادها أن ميلاد الالتزام اقتضى في مطلع تاريخه أن تصب الارادة في اطار شكل محدد، فكانت الغلبة في بعض من القوانين القديمة للشكلية على حساب الرضائية. فاذا كانت الشكلية قد تراجعت الى حد كبير، فقد بقى، ضمن ما بقى منها، حد أدنى يتمثل فى ضرورة التعبير عن الارادة فى صورة مادية وخارجية ملموسة.

٢ - **تعذر التعرف على الارادة الحقيقية :** فالارادة الباطنة هى من كوامن النفس، لا تستطيع التعرف عليها بسهولة، بل أن هذا التعرف يضحى متعذرا في كثير من الحالات. لذلك فان الارادة التى يمكن التعرف عليها، والتى تؤخذ، بالتالى، فى الاعتبار، هى الارادة المعلنة.

٣ - **حجة اقتصادية :** مفادها أنه فى المعاملات المالية لا يسوغ الاعتماد الا على الارادة الظاهرة المعلنة، وأن هذا المذهب هو أدعى الى استقرار المعاملات، وهو اعتبار مهم ليس بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل وبالنسبة لغيرهم أيضا.

نتائج الاخذ بهذه النظرية :

١ - **التفسير الحرفى لعبارات العقود :** يجب تفسير العقد وفقا لالفاظه

وعباراته، لأنهـا هى التى جسدت الارادة المعلنة. ولا عبـرة، في هذا الشأن، بما أراده احد المتعـاقدين حقيقة (الـنية الحقيقيـة) مادامت عبارات العقـد لم تعبر عنه. والفاظ العـقد وعباراته، على هذا النحو، هـى القيمة الحقيقـية التى يمكن للقاضي أن يتـعرف عليها على نحو مـؤكد وغير مشكوك فيـه، ويجب عليه ، بالتالى، أن يعتمد عليها دون أن يحيد عنها.

٢ - **تفسير عبارات العقد وقت الحاجة الى التفسير**: وليس وقت التعاقد، فالتعـبير عن الارادة ينفصل عـن صاحبه بصدوره عنـه، ويحيا حياة مسـتقلة، يصبح فـيها حقيـقة موضوعـية وليس حقيـقة شخصيـة. لذلك فعندما يـفسر القاضي عـبارات العقـد، انما يفسرها وفـقا للمعنـى الذي تفيده لحظـه إعمال التفسير، أى وقت قيام القاضى بمهمته.

٣ - **تراجع الاهتمام بعيوب الارادة** : نظرا لأن هذه النظرية تعتد بالاعلان عن الارادة فانـها لا تقيـم وزنا كبيـرا لعيوب الارادة الـباطنة. وعلـى العكس تسمح بالطـعن المتعلق بما قد يصيـب التعبير عن الارادة من عـيب، مثل الخطأ فى كتابة بند من بنود العقد.

٤ - **استبعاد نظرية السبب** : فالباعث الدافع للتعـاقد لا أهمية له في هذه النظـرية. فهذا الـباعث هو مـن مكونات النفـس الداخليـة. فاذا جاء الـتعبـير الخارجى عن الارادة صحيحا، وغير مـخالف للقانون، فان البحث فى الدوافع يصبح بغير قيمة، ولا جدوى من ورائه.

تقييم النظريتين السابقتين وموقف المشرع المصرى منهما :

تعتبر نظرية **الارادة الباطنة** تعبيرا عن الايمان بالنظرية الفردية، فهى تُعَبِّرُ عن مصالح المتعاقدين فى إعمال ارادة كل منهما الحقيقية. أما النظرية الثانية وهى نظرية **الارادة الظاهرة** فتولى الاهتمام الى العقد باعتباره ظاهرة اجتماعية، ولا تغفل فى شأن وجوده مصالح غير المتعاقدين.

ورغم التعارض الواضح بين المفهومين السابقين فانه لا يمكن اتباع احداهما على اطلاقه. فالنظم التى تأخذ بالارادة الظاهرة لابد أن تدخل بعض التعديل على المبدأ لتخفف من غلوائه فى بعض الحالات التى يثبت فيها أن تفاوتا واضحا يقوم بين الارادة الظاهرة والارادة الحقيقية. ففى مثل هذه الحالة لا يجوز تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة. أما النظم التى تأخذ بالارادة الباطنة فهى بدورها لا تأخذ بالمبدأ على اطلاقه ايضا. فمن الصعب فى بعض الحالات، وقد يكون مستحيلا، التعرف على حقيقة الارادة الباطنة على نحو مؤكد. وهنا تكون معرفة الارادة الحقيقية عن طريق التعبير الخارجى الذي جسدها.

ولهذه الاسباب، فان الاختيار المجرد والمطلق بين النظريتين ليس أمرا عمليا، ولا يحقق جميع الاعتبارات المصلحية. فالمصلحة العامة، مشفوعة بالمصالح الخاصة، تقتضى التوفيق بين اعتبارى المضمون والتعبير، أو الجوهر والمظهر. فمن ناحية يقتضي مبدأ الحرية تغليب الارادة الباطنة، لأنها حقيقة ما أراده الشخص. وهى مرتكز احساسه بقوة معنى الالتزام فيما أراد. وهذا المرتكز يعد من ضرورات القوة القانونية للالتزام العقدى والمسئولية عن تنفيذه. غير ان مبدأ هذه المسئولية لا ينفصل عن مفهوم الاستقرار فى

العلاقـات العقدية، والذى يستوجب احترام الشـخص لكلمته فى صـورة ما صدر عنه من تعبيـره هو أمام المتعاقد الاخر، وأمام الناس، التـجسيد الظاهرى الملموس الذي يعتد به ويعتمد عليه. فالأمان والاطمئنان العقديين يفرضا، الى حد ليس بالقليل، احـترام الارادة الظاهرة، فهـذه الأخيرة هى ملتقى الثـقة بين المتعاملين، وهى محط الوثوق المشروع فى ما عبّر به كل طرف عن مقصده.

ومن المنطلق السـابق أخذت بعض التشـريعات بحلول وسط. فـالقانون السـويسـرى يعلى من مـبدأ حـسن النيـة فى المعـامـلات، على نحـو يمنع من التمسك باعلان عن الارادة يثبت أنه غير مطابق للارادة الباطنة لصاحبه. ومن خـلال تطبـيق هذا المبـدأ تتـحـقق العـدالـة بين المصـالح المشـروعـة لكل من المتعاقدين.

أما القانون المصـرى، فقد أخذ بالارادة الباطنة وأكـملها بالارادة الظاهرة وراعى فى المزج بين الاتجاهين الاعتبارات المخـتلفة التى تنتمى إلى كل منهما. فقد وازن بين اعتبار احترام الارادة الباطنة واعتبار استقرار المعاملات.

ومن تطبيقات هذا المزج، المشار اليه، نظرية عـيوب الارادة. فالمشرع يعتد بالغلط والاكـراه والتدليس ويعـتبـرها موجـبة للبطلان النسـبى في التـصرف القانونى. وهو إعمال لمبدأ سلطان الارادة، والاعتداد بالارادة الباطنة. غير أنه، من ناحية أخرى، حرص على استقرار المعـاملات فاستبعد البطلان النسبى اذا كان المتـعاقد لا يـعلم ولم يكن فى استطاعـته أن يعلم[1] بالعـيب الذى لحق بارادة الطرف الآخـر. فعـدم العلم يؤدى الى التمـسك بما انتهـى اليه التـعبـير الظاهر عمـلا على تدعيم الاستـقرار والثقـة في التعامل. يضـاف الى ذلك ما

(١) راجع م ١٢٠ مدنى، وكذلك م ١٢٦ مدنى فى شأن التدليس، م ١٢٨ فى شأن الاكراه.

وضعه المشـرع من شروط اخرى مثل شرط أن يكون الـغلط جوهريا». كذلك الحال فى أحكام الصورية، حيث يعتد بالاتفاق الحقيـقى بين أطراف التصرف القانونى، فى حين يجوز للغير أن يتمسك بالاتفاق الظاهر الذى ركن اليه[١]. وكذلك الحال فى تجويز تفـسير العقد، اذا كان هناك محل للتفـسير، بحثا عن الارادة المشـتـركـة للمـتـعـاقديـن دون الوقـوف عند المعنى الحـرفى للالفـاظ (م١٥٠ مدنى)، «ومع ذلك فاذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين» (م١٥٠/ ١ مدنى).

وأخيرا فـان من يُصدر تعبيرا عن ارادته ثم يتـمسك بعدم مطابقة التعـبير للارادة الباطنة، قـد يسأل عن تعـويض ما أصاب الطرف الآخـر من ضرر اذا كان قد ارتكب خطـأ جسيما فى التـعبير عن ارادته على النحـو المذكور. وقد يجد القاضى أن خير وسيلة للتعويض هى انعقاد العقد[٢].

متى ينتج التعبير عن الارادة أثره:

نصت المادة ٩١ مـدنى على أن «ينتج التعـبيـر عن الارادة أثره فى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العمل به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

ويضع هذا النص تفرقة مبـدئية بين وجود التعبيـر وجودا فعليا وأن ينتج هذا التعبير الاثر القانونى الخاص به. فـحين يعبر الانسان عن ارادته، ويتجسد هذا التعبـير عبْرَ وسيلة من وسـائله، فان ذلك لا يكفى، خاصة اذا كان تعـبيرا مبتدأ، وموجـها الى شخص آخر (الايجاب). فهذا التعبـير المبتدأ لا ينتج أثره

(١) راجع م ٢٤٤ مدنى وم ٢٤٥ مدنى.
(٢) جستان، السابق، رقم ٢٨١.

الا اذا وصل الى علم من وجه اليه. فبهذا الوصول يتحقق للتعبير وجوده القانونى المنتج والمؤثر. لذلك يقال أن الايجاب هو- بحسب الأصل[1] - تعبير واجب الوصول، أى واجب التسلم، ولهذا التحديد أوجه أهمية قانونية منها أنه اذا انتج التعبير عن الارادة أثره، بوصوله الى علم من وجه اليه، فانه لا يجوز العدول عنه، ولا يجوز الرجوع فيه اذا كان من صدر عنه الايجاب قد حدد ميعاد للقبول، أو استخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (م٩٣ مدنى). **أما بالنسبة** للقبول فانه أيضا لا ينتج أثره الا بوصوله الى علم من وجه اليه (الموجب)، وبوصوله ينعقد العقد لاستيفاء تلاقى الارادتين على احداث الاثر القانونى المقصود. ولكن القبول يختلف عن الايجاب، فى أن القبول ليس واجب التسليم فى كل الحالات. ففى بعض الحالات يكون التنفيذ قبولا، بمجرد حدوثه ينعقد به العقد.

غير أن وصول التعبير الى علم من وُجِّه اليه هى مسألة اثبات، فقد يقوم خلاف بين الطرفين حول حدوث العلم او تخلفه. وهو خلاف قد يتعذر فى شأنه الوصول الى وجه الحقيقة. لذلك أقامت المادة ٩١ مدنى قرينة قانونية على العلم، وهذه القرينة تتمثل فى الوصول. فبوصول التعبير الى من وجه اليه يعتبر عالما بمحتواه، اذ جرت عادة الناس على أن من يتسلم خطابا، أو رسالة، انما يعلم بمحتواه بمجرد وصوله اليه. غير ان هذه القرينة ليست قاطعة انما هى مجرد قرينة بسيطة، ويجوز بالتالى لصاحب الشأن أن يقيم الدليل على خلافها، أى على أنه لم يعلم بمضمون التعبير رغم وصوله اليه، أو انه علم به فى وقت متأخر عن الوصول.

---

(١) يلاحظ أنه فى الوصية يعتبر تعبير الموصى عن ارادته غير واجب التسلم : فهو ينتج أثره وتقوم به الوصية دون استلزام وصول هذا التعبير الى شخص معين.

أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الارادة:

كان القانون المدنى القديم يعتبر الارادة لصيقة بشخص صاحبها لا تنفصل عنه، على نحو يعبرّ عن ترجيح هذا القانون، وفى هذا الصدد، لمذهب الارادة الباطنة. وقد رتب على ذلك أن تفقد الارادة وجودها بموت صاحبها أو فقده أهليته، مادامت لم تصادف القبول الذي ينعقد به العقد.

أما القانون المدنى الحالي فقد نص فى المادة ٩٢ منه على أنه «اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد اهليته قبل ان ينتج التعبير أثره، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعة المعاملة». ومعنى هذا النص أن المشرع لم يضفى على التعبير عن الارادة طابعا شخصيا بحيث لا ينفصل عن صاحبه، بل جعل له وجودا متميزا ومستقلا عنه. وهو ترجيح من القانون المدنى، في هذه الخصوصية، لمذهب الارادة الظاهرة، لأن معنى حكم المادة ٩٢ مدنى أن يبقي التعبير قائما فلا يسقط بموت صاحبه أو فقده اهليته، ويستكمل اثره بوصوله الى علم من وجه اليه، فينعقد العقد عندما يصادف قبولا من الطرف الآخر. وهو مذهب ادعى الى استقرار المعاملات والروابط القانونية. وقد عرض نص المادة ٩١ لوفاة أو فقد أهلية من صدر منه التعبير وهو ما يستلزم بيان الحكم المقابل لذلك فى شأن وفاة من وجه اليه التعبير.

- **اذا توفى من صدر منه التعبير**، أو فقد الاهلية، لا أثر لذلك كما سبقت الاشارة، اذ يبقى التعبير قائما وصالحا لان ينتج اثره اذا ما اتصل بعلم من وجه اليه. غير ان تفصيل هذا الحكم يختلف باختلاف ما اذا كانت الوفاة قد ادركت الموجب أم ادركت القابل.

- **فاذا كان المتوفى هو الموجب،** فلا أثر لوفاته بداهة، اذ حدثت الوفاة بعد آن وصل اليه القبول، وهو حكم منطقي ومتفق مع القواعد القانونية العامة فى انعقاد العقد. أمـا اذا كانت الوفاة قد حدثت قبل وصول القبـول اليه فهنا يثور الشك حول انعقاد العقد. لذلك اتجه رأى الى أن العقد لا ينعقد لأن القبول لا ينتج اثره الا بوصوله الى علم من وجـه اليه (وهو الموجب). وهو فى الفرض المذكور لم يصل الى المـوجب إلا بعد وفاته. وذهب رأى آخـر الى أنه اذا كان الايجاب ملزما، وهو كـذلك دائما فى التعاقد بين غـائبين، فان الموجب يلتزم بالبقـاء على ايجابه المدة المحـددة فيه، أو المدة المعـقولة التى تقـتضيـها ظروف المعاملة، فـاذا مات الموجب خلال هذه المدة فان العـقد ينعقد بوصـول القبول الى علم ورثته، حـيث يحلون محل المتـوفى فى تلقى القبـول، وتحمُّل اثر ، فى انعقاد العقد (فـى حدود التركة). ونعتقد أن هذا الرأى الاخيـر أكثر اتفاقا مع المنطق القانونى[1].

أما اذا توفى القابل أى من وُجِّه اليه التعبير، فإذا كانت الوفاة قد حدثت قبل وصول التعبير اليه، فلن ينعقد العقد لأن التعبير الموجه اليه لا ينتج اثره الا بوصوله الى علمه (م ٩١ مدنى). وقد انتفت هذه الامكانية بالوفاة أما اذا كان التعبير قد وصل الى علمه فان له قـانونا حق القبول، فان كان قَبِلَ قبل الوفاة، أنتج قبـوله اثره وانعقد العـقد بوصوله الى علم الطرف الآخـر. ولا اثر لوفاة القابل اللاحقة للقبـول. ويلتزم ورثة هذا الاخير بتنفيذ العـقد في حدود ما آل اليهـم من تركة عن مـورثهم. أما اذا توفى من وجـه اليه القبـول بعـد وصول التعبير اليه ولكن قبل القبـول، فان الحق فى القبول ينتقل الى ورثته، فان قبلوا

(١) راجع : اسماعيل غانم، رقم ٥٤.

انعـقد العـقد بوصـول قـبولهم الى علـم الموجب. ولكن يلاحظ أن الاحكام السـابقـة هى تطبـيق لحكمى المـادتين ٩١ و ٩٢ من القـانون المدنى فى انتـاج التعبير لاثره بعلم من وُجِّه اليه، وبعدم تأثر قـيام التعبير بوفاة من صدر عنه أو فقده أهليتـه. غير أن المادة ٩٢ مدنى تحفظت بما جاء فيهـا من أن ذلك مقيد بـ «ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبـيعة المعاملة». ومعنى هذا التحفظ أن هناك حالات يثبت فيها من التعبـير ذاته، أو من طبيعة المعاملة» أن شخص من وجه اليه التعبـير كان محلا للاعتبار فى العقد. فـاذا صدر ايجاب لمحام معين مشهود له بخبرة في نوع من القضـايا، أو لفنان بذاته للتعاقد على أحد اعماله الفنية، أو لمهندس ديكور، أو لمهندس تصـميم، فان وفاة من وجه اليه التـعبير تمنع من انعقاد العقـد نظرا لوجود الاعتبار الشخصى بوصـفه عنصرا جوهريا فى التـعاقـد. ويطبق هذا الحكم بصـفة عـامة فى أية حـالة يثـبت فيـها توافـر الاعتـبار الشخـصى، سواء من صيـاغة التعبـير، أو من طبيـعة المعقـود عليه، وكون تنفيذه يستعصى، بطبيعته، على غير من وُجه اليه التعبير عن الارادة.

المطلب الثانى
التعاقد بطريق النيابة

النيابة، هى نظام قانونى يعبر عن وسيلة فنية لانشاء التصرف القانونى، عقدا كان أو تصرفا انفراديا، بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب. فالتعاقد قد لا يقوم به الشخص أصالة عن نفسه، ولكن يقوم به النائب نيابة عن صاحب الشأن (الأصيل). فالنائب شخص يتصرف لحساب غيره، وهو، أى النائب، فى هذا الصدد، يُحل ارادته محل ارادة الاصيل، فينعقد العقد وتنصرف جميع اثاره الى ذمة الأصيل.

ومن الناحية التاريخية لم تظهر النيابة فى التصرف القانونى إلا فى وقت متأخر من حياة القانون الرومانى. وذلك على اساس أن للالتزام طابع شخصيا واضحا في القانون الرومانى، وكان يترتب على نشأته جزاءات قاسية منها جزاءات تقع على جسد المدين وحريته. لذلك كان من اللازم ألا ينشأ الالتزام فى ذمة المدين الا اذا كان هو شخصيا قد أدلى برضائه فيه. وهو ما يفسر أن القانون الرومانى عندما سمح بالنيابة سمح بها للعبد أو الابن، نيابة عن رب الأسرة، وفى جعله دائنا وليس مدينا. وعندما سمح لهما في النيابة فى انشاء الالتزام، فى وقت لاحق، كان ذلك مقيدا بحدود معينة. ولم يتطور القانون الرومانى فى هذا الخصوص الا بصعوبة بالغة لم يصل معها الى ما نعرفه عن النيابة من أحكام فى القوانين الحديثة. أما فى القوانين الحالية، فقد اصبحت النيابة فى التصرفات القانونية ضرورة لا غنى عنها. فهناك من الأوضاع ما يقتضي حتما اقامة نظام للنيابة، وهى أوضاع عديمى الاهلية (المجنون- المعتوه- والطفل غير المميز) وكذلك حالات نقص الاهلية بأسبابها

المختلفة (عدم بلوغ سن الرشد- السفه - الغفلة... الخ) وكذلك قد تقتضى الضرورات العملية أن يقيم الشخص عن نفسه وكيلا يباشر عنه بعض أعماله، وهو ما لاقى تطورا هاما مع تطور العلاقات المالية والتجارية والبنكية. كذلك الحال، عندما يجد القضاء ضرورة فى تعيين نائب عن أصحاب مال متنازع عليه، أو يخشى عليه (الحارس القضائى)... الخ وفى جميع هذه الحالات يعرف الفقه الحديث النيابة بأنها «حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل مع انصراف الاثر القانونى لهذه الارادة الى شخص الاصيل كما لو كانت الارادة قد صدرت منه هو»[1].

وتنقسم النيابة بحسب مصدرها الى أقسام ثلاثة : قانونية - قضائية - اتفاقية :

- فالنيابة القانونية هى تلك التى تجد مصدرها فى القانون. فالقانون هو الذي يضفى على النائب صفته، كما هى الحال بالنسبة للولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حقوق مدينه.

- والنيابة القضائية هى التى تجد مصدرها فى حكم قضائى هو الذي يُنصِّب النائب، كما هو الحال فى الوصي والقيم والحارس القضائى.

- والنيابة الاتفاقية هى تلك التى تجد مصدرها فى الاتفاق، وهى حالة الوكالة. ويلاحظ أنه قد ينظر الى تقسيم حالات النيابة من ناحية المصدر الذي يحدد نطاقها. ومن هذه الزاوية قد يحدث تفاوت عما يسفر عنه التقسيم وفقا للزاوية الأولي السالف ذكرها. فالنيابة تعد قانونية من الناحيتين، أى من حيث

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٨٣ .

المصدر الذي يضفى صفـة النيابة، وبالنسبة للمصدر الذي يحدد نطاقـها، كما في حـالات الولي والفضـولي والدائن الذى يسـتعـمل حـقوق مـدينة. وهنا تتطابق حصـيلة النظر من الزاويتين المذكورتين ،وكـذلك الحال بالنسبـة للنيابة الاتفاقية، فعقد الوكـالة هو الذي يضفى الصفة على الوكيل، وهو الذى يحدد له نطاق وكالته. أما الحالة الثالثة فـهى التى لا يحدث فيها تطابق فى الناحيتين المشار اليهـما. ففي حالة الوصى والقيـم والحارس القضائى، تعتـبر النيابة فى هذه الحالات نيابة قانونية من حيث المصـدر الذى يحدد **نطاق النيابة**، ولكنها نيابـة قضائيـة من حيث المـصدر الذى **يضفى على الـشخص صفـته كنائب**، فالقاضي هو الذي يعين الوصى والقيم والحارس القضائى.

– والنيـابة، وفق تعـريفهـا الذي سلف ذكـره لا تتحـقق كـأسلوب فنى قانوني للتـعاقد الا اذا توافرت شروط مـحددة. فاذا توافرت شـروطها رتبت آثارها. كما ان هناك حالات يتعاقد فيهـا الشخص مع نفسه، سواء بصفته نائبا عن طرفى العقـد أو بصفتـه نائبا عن أحدهمـا وأصيلا عن نفـسه. وهنا تكون المشكلة في مدى جواز هذا التعاقد، وضوابطه في حالة اجازته.

ونعرض فـيما يلى لاحكام النيـابة من خلال بحث الموضوعـات الثلاث المذكورة : شروط النيابة – تعاقد الشخص مع نفسه– آثار النيابة...

المقصد الاول

شـروط النيابــة

تتمثل شروط النيابة[1] فى ثلاث : ١– أن تحل ارادة النـائب مـحل ارادة الاصيل. ٢– أن يتعاقد النائب باسم الأصيل. ٣– أن يعمل النائب فى الحدود المرسومة لنيابته.

(١) راجع: عبد الودود يحى، الوجيز فى النظرية العامة للالتزام، ١٩٩٤، رقم ٤٣، وما بعدها.

(١) الشرط الاول : أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل:

ومعنى هذا الشرط أن يكون تعبير النائب عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل. ومعنى ذلك أن النائب ليس مجرد ناقل للتعبير عن الارادة بين الطرفين. فاذا اقتصر دوره على مجرد النقل كان رسولا وليس نائبا. والرسول هو، بالتالى، مجرد مبلّغ، يقوم بعمل مادى، يحمل للطرف الآخر تعبير من أرسله. لذلك شبّهه البعض بالخطاب فهو لا يزيد شيئا فيما يتعلق بمضمون التصرف القانونى الذى يتدخل فى ابرامه. فهو ناقل لتعبير من أرسله فحسب بخلاف النائب الذي تتوافر لديه ارادة التصرف القانونى.

ويترتب على هذه التفرقة، بين النائب والرسول، من ناحية، أن العبرة في التعاقد فى حالة النيابة هى بارادة النائب، سواء بالنسبة لانعدام الاهلية أو نقصها أو بما يلحق بارادته من عيوب، وذلك لان بارادته ينعقد العقد. أما الرسول، فلأنه مجرد ناقل للتعبير عن ارادة غيره، فالعبرة بارادة الاصيل فى شأن ما سبق ذكره، ولا عبره بارادة الرسول، لانها لا تدخل في تكوين العقد. ويجوز بالتالى ان يكون الرسول عديم الاهلية او ناقصها، اذ يكفى فى قيامه بما اسند اليه أن يكون قادرا على اتيان العمل المادى وهو نقل التعبير عن ارادة من أرسله.

ومن **ناحية ثانية** فان التعاقد بين النائب والمتعاقد الآخر هو تعاقد بين حاضرين اذا جمعهما مجلس عقد واحد. لأن كل منهما يتعاقد بارادته، الأول يُحِلها محل ارادة الاصيل والثانى يتعاقد أصالة عن نفسه. أما في حالة الرسول فالتعاقد دائما يعتبر بين غائبين، حتى ولو اجتمع الرسول والمرسل اليه في مجلس واحد. لأن الراسل، البعيد عن مجلس العقد، يتعاقد أصالة عن

نفسه. ورسوله ليس نائبا عنه وليس له اسهام ارادى معتد به، من حيث الاثر، فى تكوين العقد.

- ومن **ناحية ثالثة** يتعين أن نلاحظ، فى شأن النيابة، ما نصت عليه المادة ١٠٤ مدنى من أنه (١) اذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر في **عيوب الارادة**، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما» (٢) ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب بظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها».

والفقرة الأولى من النص المذكور تضع القاعدة التى سبق ذكرها من أن ارادة النائب هى محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة، كما لو وقع النائب فى غلط أو تعاقد تحت تأثير الاكراه أو التدليس. وكذلك الحال لو صدر منه ضد المتعاقد الاخر تدليس أو اكراه. وفى هذه الحالات لا ينظر الى ارادة الاصيل في خلوها من عيوب الارادة (الفرض الاول)، أو فى عدم اشتراكها في الاكراه أو التدليس (الفرض الثانى)[١].

أما **الفقرة الثانية** من المادة ١٠٤ مدنى فقد قيدت حكم الفقرة الأولى بأن اعتدت بنية الاصيل في حالة النيابة الاتفاقية (الوكالة) وذلك اذا كان النائب وكيلا يتصرف وفق تعليمات محددة صدرت اليه من الاصيل. ففى هذه الحالة يكون الاصيل قد اشترك، على نحو واضح، بارادته مع ارادة النائب، بما

---

(١) أما لو اشترك الاصيل في التدليس أو الاكراه فان ذلك يعيب العقد، لأن ذلك يؤدى الى هذه النتيجة لو صدر من الغير فكان ذات الحكم فى حق الاصيل من باب أولى.

يقترب فيه النائب من مركز الرسول جزئيا. وفى هذه الحالة تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدنى أنه ليس للاصيل ان يتمسك بجهل النائب بظروف كان يعلمها أو كان من المفروض حتما أن يعلمها. فلو أن شخصا أعطى وكاله لغيره فى ابرام عقد تأمين على حياته لدي احدى الشركات وأدلى الوكيل ببيانات غير صحيحة عن حياته الصحية بناء على تعليمات موكله- وكان الوكيل يجهل عدم صحة هذه البيانات- فى هذه الحالة لا يجوز للأصيل أن يتحصن بحسن نية وكيله، وبالتالى يعتد بارادته هو (الاصيل) فى شأن سوء النية، أى فى شأن ما يعلمه او ما كان يفترض حتما أن يعلمه. وحاصل كل ذلك أن الاصيل يتحمل آثار سوء نية نائبه، كما أنه يتحمل اثار سوء نيته هو شخصيا، حتى ولو كان النائب حسن النية، فى الفرض الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤.

- **ومن ناحية رابعة،** فان أهلية التصرف فى **حالة النيابة الاتفاقية** لابد أن تتوافر في الاصيل، لأن آثار العقد تنصرف الى ذمته وليس الى ذمة النائب. أما بالنسبة للنائب فيكفى فيه أن يكون صالحا لأن يصدر عنه تعبير عن ارادة مستقلة، وبالتالي يجب أن يكون مميزا على الأقل. ويكفى فيه التمييز، أى أنه يصلح للنيابة ولو كان قاصرا. غير أن القاصر الذى يتعاقد على القيام بأعمال الوكالة يجوز له أن يطلب ابطال العقد وبالتالى ابطال نيابته لنقص أهليته[1]، وفي هذه الحالة لا يستطيع الموكل أن يرجع عليه الا بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة.

- أما في حالة **النيابة القانونية** فان المشرع هو الذي يخول النائب سلطة

---

(١) ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون الوكيل أهلا لابرام عقد الوكالة.

التصرف ويحـدد نطاقها، المشرع هو الذى يعين الأهليـة الواجب توافرها في النائب والأصيل. ومن البـديهى أن الاصيل يكون فى كثير مـن حالات النيابة القانونية ناقـص الأهلية أو عديمها، لذلك يتطلب المشـرع فى حالات الوصاية والقوامة أن يكون النائب كامل الاهلية[1].

(٢) الشرط الثانى: أن يتعاقد النائب باسم الأصيل (نية النيابة):

يترتب على ابرام العقد بطريق النيـابة انصراف آثار التصرف القانونى الى ذمة الأصيل مبـاشرة. وفي هذا الاثر تظهر تقنية النيابة باعتبـارها نظاما قانونيا إستُحدِث للوصـول الى هذه الغاية التى تـختلف عن المفـترض الطبيـعى فى المعاملات. هذا المفترض القائم على انصـراف آثار التصرفات الى ذمة أطرافها عندما يتعاقدون وجها لوجه.

ولأن النيابة تنتهى الى تلك النتـيجة غير المعتادة فـلابد أن تتوافر لدى كل من طرفى العقد، النائب ومن يتعامل معه، النية في انصراف آثار العقد الى ذمة الأصيل، وليـس الى ذمة النائب. فـالنائب لابد أن يتعـاقد بنية الـنيابة، أى أن يتعاقـد باسم الاصيل ولحسابه وأن تتـوافر لدى المتعاقد مـعه ذات النية. وهذا القصد المشترك يمثل جوهرا فى العملية التعاقدية التى تتم بهذا الأسلوب.

وقد يفصح النائب للطرف الاخر عـن تلك النية صراحة، أى أن يعلن له أنه يتـعـاقـد باسم الأصـيل ولحـسـابه. وفى حـالات أخـرى لا يتم مـثل هذا

(١) راجع نص المادة ٢ من قـانون الولاية على المال التى تنص على أنه لا يجـوز للولى مبـاشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الاهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو، والمادة ٢٧ فى شـأن الوصى والمادة ٦٨ و ٦٩ فى شـأن القـيم والمادة ٧٥ فى شأن الوكـيل عن الغائب.

الافصاح ولكنه يستفاد ضمنا من ظروف التعاقد وملابساته، كأن يذكر شخص لآخر انه يبيعه سيارة «زيد»، اذ أن ذلك يعنى أن البائع يتعاقد نيابة، عن مالك السيارة، أو أن يبيع العامل فى المنشأة التجارية البضائع المملوكة لصاحب المنشأة، ففي هذه الحالة تكون النيابة مفهومه ضمنا من ظروف الحال.

أما اذا تخلفت نية النيابة لدى شخص، بأن كان يتصرف لحساب نفسه آصالة، فان النيابة لا تقوم، حتى ولو اعتقد فيه المتعاقد معه أنه نائب عن شخص ثالث. فرغم هذا الاعتقاد فان العقد ينعقد بين طرفيه أصالة، واذا كان النائب يتعاقد باسم الاصيل ولحسابه، ولكن الطرف الاخر كان يتعامل معه فى شخصه، فان العقد لا يقوم لا مع النائب ولا مع الاصيل، ومع ذلك ينعقد العقد وينصرف أثره الى الاصيل فى الحالتين الواردتين في المادة ١٠٦ مدنى وهما: ١- اذا كان من تعامل مع النائب من المفروض حتما أن يعلم بوجود النيابة. ٢- أو كان يستوى عنده (المتعاقد معه) أن يتعامل مع الأصيل أو النائب[١].

ويلاحظ من ناحية أنه لا يعد من قبيل النيابة أن يوقع شخص باسم غيره، ولو كان قد أذن له صاحب الشأن فى ذلك. اذ أن التعاقد هنا قد تم باسم مزور. فلا ينعقد به العقد لا أصالة ولا نيابة.

ومن **ناحية ثانية** فان النائب قد يتعامل باسمه الشخصى، ولكنه في حقيقة الأمر يتعامل لحساب الغير. وهى حالة **تسخير الاسم أو الاسم المستعار**. وهى نوع من الصورية النسبية ترد على الاسم، وتستهدف اخفاء شخصية المتعاقد الحقيقى لسبب أو لآخر. وعادة ما تقوم الوكالة سرا بين الاصيل وبين

(١) راجع : فيصل ذكى عبد الواحد، اثر عدم اعلان النائب عن صفته الحقيقية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٧.

صاحب الاسم المسخر. والحكم في هذا الفرض أنه لا توجد نيابة، اذ يضاف اثر التصرف إلى ذمة صاحب الاسم المسخر، دائنا كان أو مدينا، ثم يقوم بدوره بنقل الحقوق والالتزامات الى صاحب المصلحة الحقيقى[١].

الشرط الثالث : أن يعمل النائب فى حدود نيابته :

يتحدد نطاق سلطة النائب بمقتضي مصدر نيابته. ففي حالة النيابة القانونية يحدد المشرع ما يجوز، وما لا يجوز، للنائب مباشرته. وفي حالة النيابة القضائية يحدد القاضى المهمة المسندة للنائب القضائى فى الحكم الصادر بتعيينه. وفى النيابة الاتفاقية يحدد عقد الوكالة حدود الوكالة من حيث كونها عامة أو خاصة، شاملة لأعمال الادارة والتصرف أم مقصورة على الأولى دون الثانية.

وفي جميع الحالات يتعين على النائب أن يلتزم حدود نيابته، فان تجاوزها، فقد صفته، وتعذر على تصرفه أن ينتج اثره بالنسبة الى الاصيل. كما أن النائب يلتزم بحد عام وهو **ألا يتعاقد مع نفسه**.

وأكثر المشاكل التى تثار من الناحية العملية، في خصوص حدود النيابة، تتعلق بعقد الوكالة اى تتعلق بالنيابة الاتفاقية. وهى مشاكل تمس مصالح الغير الذي قد يعتقد فى بقاء الوكالة في وقت تكون فيها قد انقضت لسبب من الأسباب، أى أن يتعذر على المتعامل مع الوكيل أن يتحقق بدقة كافية من حدود وكالته، وقد يساعد على عدم التحقق غموض عبارات عقد الوكالة، أو السرعة التى تم بها ابرام العقد... الخ

ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن «المناط في التعرف على مدى

---

(١) راجع : فيصل ذكى عبد الواحد، لمزيد من التفاصيل، السابق.

سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خوَّلَ الموكل للوكيل احراءها، أو من اموال تقع عليها هذه التصرفات، يتحدد بالرجوع الى عبارة التوكيل ذاته، وما جرت به نصوصه، والى الملابسات التى صدر فيها وظروف الدعوى، فاذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعا للعقد او المحرر واضافا اليه بخط اليد او باية وسيلة اخرى شروطا او عبارات تتعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة وجب تغليب الشروط والعبارات المضافة تعبيراً واضحا عن ارادة المتعاقدين».

(نقض ٢٥ يونيو سنة ١٩٩٢ طعن ١٤٩٠س ٦١ق مجموعة الاحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية الجزء الاول من يناير الى يوليه سنة ١٩٩٢ ص ٨٨٧ وما بعدها)

ويلاحظ ان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير عبارات الوكالة وتحديد نطاقها دون تعقيب عليها من محكمة النقض ما دام هذا التفسير ورد على توكيل قائم لم يتم الغاءه ومادام هذا التفسير مما تحتمله عبارات التوكيل دون تجاوز فى المعنى الواضح أو مسخ للعبارات والالفاظ الواردة فيه،

(نقض ٣٠ يوليو سنة ١٩٩٢ طعون ٣١٥ و ٦٣٢ و ٧٠٢ س ٥٩ق المجموعة السابقة ص ١٠١٧).

ولذلك فان أهم مشاكل النيابة تكمن في تجاوز النائب حدود نيابته، وهى أكثر أهمية ووضوحا فى النيابة الاتفاقية (الوكالة) ونعرض لها فيما يلى ثم نعقب ذلك بشرح الحد العام الذي يمنع النائب من التعاقد مع نفسه.

أولا - تجاوز النائب حدود نيابته:

اذا تجاوز النائب حدود نيـابته فانه، في حدود ما تجـاوز فيه، يفقد صـفته، وبالتالى لا ينصـرف أثر نيابته الى الاصيل. ولا تثـور مشكلة كبيـرة في تطبيق هذا المبدأ على حالات **النيابة القانونية**، حيث أن القـانون هو الذى يحدد نطاق النيابة. ولذلك فان من يتعامل مع النائب الـقانونى لا يستطيع أن يحتج بجهله بحدود نيابتـه. لأن مثل هذا الادعاء يحمل فى طياته تمسـكا بالجهل بالقانون، وهو غيـر جائز. وتطبـيقا لذلك فـان العقد الذي يبـرمه الوصي مـتجاوزاً فـيه سلطته القانونية، لا قيمة له بالنسبة للمـشمول بوصايته، وكذلك الحال بالنسبة للقيم. وذات الحكم بالنسـبة للحارس القـضائى اذ يحدد القانون نطاق نيـابته حصـرا فى أعمال الادارة دون اعـمال التصـرف، وحين يصدر حكم القـضاء بتعـيين شخص مـعين حارسـا فانه يحـدد له ما يجـريه ضمن أعـمال الادارة. والمفروض علم من يتـعاقد مع النائب بامـتناع أعمال التصـرف عليه، ويجب عليه ان يطلع على سند تعيينه لمعرفة حدود أعمال الادارة المسندة اليه.

- أما **النيابة الاتفاقية** فهى التى تثير القدر الاكـبر من المشكلات. صحيح ان على من يتـعامل مع الـوكيل ان يتـقصى منه ابـراز سند وكالتـه، وأن يطلع عليه لمعرفة حدود هذه الوكالة، وهل هى وكالة خاصة أم عامة، شاملة لاعمال التصرف أم مـقصورة على أعمال الادارة، وأن يتحـرى أيضا عن نطاق سريان الوكالة من حـيث الزمان، وهل مـازالت قائمة أم انقـضت بسبب من أسـباب انقضائها.

والأصل أن يلتزم الوكيل حـدود وكالته فان تجاوزها فان تصـرفه لا ينفذ في مواجـهة الاصـيل الا اذا اقره، فان اقـره اصبح التـصرف وكـأنه فى حدود النيابة وتقـيد به الاصيل ومن تعـاقد مع النائب من وقت التعـاقد لا من وقت

الاقرار أى أن للاقرار اثرا رجعيا».

وقد أورد القانون المدنى حالة ينفذ فيها العقد في حق الاصيل رغم تجاوز النائب حدود نيابته، وهى الحالة التى نصت عليها المادة ٧٠٣ مدنى بقولها «(١) الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة». (٢) على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة»[١].

التصرف بمقتضي وكالة مزعومة ولا وجود لها: نظرية الوكالة الظاهرة:

تنتهى الوكالة بوفاة الموكل[٢] كما تنتهى بانتهاء الاجل المحدد لها أو باتمام العمل الموكل فيه (م٧١٤ مدنى). كما يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها فى أى وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك (م ٧١٥/ ١ مدنى). غير ان هناك حالة استثنائية لا يجوز فيها للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها، وهى حالة ما اذا كانت الوكالة لصالح الوكيل او لصالح شخص اخر، ففي هذه الحالة لا يجوز للموكل ان ينهى الوكالة بغير رضاء من صدرت الوكالة لمصلحته[٣].

---

(١) ويلاحظ أن اقرار الاصيل قد يكون اقرارا صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من مسلك الاصيل، كأن يثبت أن الاصيل لم يسبق له الاعتراض على تجاوزات الوكيل السابقة والمتعددة (نقض مدنى فرنسى ٣ مايو ١٩٧٨، بلتان المدنى ١٩٧٨- ٣- ١٣٦).

(٢) أو بوفاة الوكيل.

(٣) فقد يكون الوكيل هو صاحب المصلحة كمن يشترى مالا ويحصل من البائع على توكيل بالتصرف فيه، وقد يكون الوكيل هو نائب صاحب المصلحة (المشترى).

واذا كان المبدأ العـام هو قابلية الوكالة للانتهاء فـان انهاءها قد يؤدى الى تعقـيدات عمليـة يلازمها الحاق الضـرر بالغير، الذي قـد يتعامل أحـيانا على افتـراض وجودها فـي وقت تكون فيـه قد انقـضت، أو يتبين أنه لم يكن لـها وجود أصلا.

- **فمن ناحـية أولى قد تنقضى الوكـالة دون أن يعلم الوكيل،** ثم يستمر، نتيجـة لذلك، فى التصرف بمقتضاها. ومـن التطبيقات الهامة انقـضاء الوكالة بموت الأصيل، او بصـدور قرار بعزل الوكيل. وقد عـالجت المادة ١٠٧ مدنى هذا الاحتمال بأن نصت على أنه «اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا، وقت العقـد، انقضاء النيـابة فان اثر العقـد الذي يبرمه، حـقا كان أو التـزاما، يضاف الى الاصـيل او خلفائه». وواضـح أن هذا النص يُغلِّب الوضع الظاهر على الوضع الحقـيقى سعـيا الى حمـاية الغير الذى تعـامل مع النائب. ولكن النص يشـترط لإعـمـال هذا الوضع الظاهر أن يكون الجـهل بانقـضاء النيـابة مشـتركا بـين النائب ومن تعاقد مـعه. فـاذا كان احدهمـا يعلم، عند التعـاقد بانقضاء النيابة، فلا قيمة للتصرف فى مواجهة الاصيل أو خلفائه.

- **ومن ناحية ثانية فقد يتصرف شخص باعتباره وكيلا على غير الحقيقة،** وقد يجرى تصرفات لا تساندها نصـوص وكالته. وتحدث مثل هذه الفروض بسبب الثقة المفرطة أحيانا فى المعاملات والتى لا تصاحبها، فى بعض الحالات تحريات كافية عن حقيقة من يزعم الـوكالة، أو بسبب غموض صياغة الوكالة مما يؤدى الى الخطأ فى تفسـيرها وفـهم فـحواها. ويتـرتب على ذلك الحـاق الضرر بالمتـعاقد مع الوكـيل المزعوم أو الوكيل المتـجاوز حدود سلطتـه. وقد حاول الفقـه والقضاء، على الاخص في فرنسـا، ايجاد وسيلة لحماية المتـعاقد

فى مثل الفروض السابقة عن طريق خلق **نظرية الوكالة الظاهرة** وقد جرت هذه المحاولة من خلال البحث لهذه النظرية عن معيار يحدد نطاقها. ومن أهم ما قيل معيار «**خطأ الأصيل**» ومعيار **الخطأ المغتفر قانونا للمتعاقد** Faute Legitime[١].

أما معيار **خطأ الأصيل**، فمعناه أن هناك حالات تكون الوكالة الظاهرة قد نشأت عن خطأ الاصيل نفسه. فاذا كان مسلك هذا الاخير هو الذى سمح للغير (المتعاقد) **أن يعتقد** بحسن نية أن شخصا معينا هو وكيله، على خلاف الحقيقة، فتعاقد معه، فان الاصيل يُسأل عن تعويض المتعاقد عما لحق به من ضرر نتيجة لهذا المظهر الكاذب، وقد تكون خير وسيلة للتعويض هى نفاذ العقد فى مواجهة هذا الأصيل.

غير أن هذا التبرير السابق تم استبعاده بحكم شهير صدر عن الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية ١٩٦٢[٢] حيث قضت بأن الأصيل يمكن أن يتحمل آثار العقد إعمالا لفكرة الوكالة الظاهرة حتى ولو لم ينسب الى الاصيل خطأ ما. وذلك اذا كان اعتقاد المتعاقد، فى حدود سلطة الوكيل اعتقادا مشروعا». ومن هنا قيل بالمعيار التالى:

- وهو معيار **الخطأ المغتفر قانونا** من جانب المتعاقد. وقد تبنت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٦٥ فكرة الوكالة الظاهرة ولكنها قيدتها بأن يكون الخطأ فى الاعتقاد بوجود النيابة هو من قبيل الخطأ الشائع،

---

(١) فضلنا استخدام كلمة خطأ مغتفر قانونا لأن الترجمة الحرفية للتعبير الفرنسى تعنى الخطأ المشروع، وهو تعبير غير مقبول لغويا في العربية.

(٢) ١٣ ديسمبر ١٩٦٣ فى الاسبوع القانونى ١٩٦٣- ٢-١٣١٠٥ وتعليق اسمان.

أى يمكن أن يقع فيه أى شخص متعقل. ففى حدود هذا الشرط يمكن أن يقال أن الاعتقاد فى وجود النيابة هو اعتقاد مشروع. ثم عدلت ذات الدائرة من صياغتها جزئيا للموضوع فى أحكام أخرى منها حكم هام لها فى ١٩ ابريل ١٩٦٩[١] حيث قررت ان التزام الأصيل استنادا إلى أحكام الوكالة الظاهرة مشروط **بأن يكون الاعتقاد فى تلك الوكالة مشروعا**، وهو يكون كذلك اذا كانت ظروف الحال تدعو المتعاقد الى عدم تحقيق وتحرى سلطات الوكيل[٢]. وأنه لكى يقدر القاضى الظروف التى تعفى المتعاقد من تحقيق نطاق سلطة الوكيل يتعين عليه الرجوع الى طبيعة العملية القانونية وشخصيه الموكل ومهنته، وشخصية الغير المتعاقد[٣].

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن «تصرفات صاحب المركز الظاهر الى الغير حسن النية لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقى متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها ان تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة وكان صاحب الحق قد اسهم بخطئه، إن سلبا أو ايجابا، فى ظهور المتصرف على حق بمظهر صاحبه».

(نقض ٢٧ فبراير عام ١٩٩٢ طعن ١٩٣٧ س ٥٥ ق، مجموعة الاحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية، السابق، جزء أول، ص ٣٩٢).

كما قضت ايضا بأن المشرع قد اعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة، وحماية حركة التعامل فى المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول دون وصفها

---

(١) منشور فى دالوز ١٩٧٠- ٢٣، والأسبوع القانونى ١٩٦٩-٢- ١٥٩٧٢ وتعليق «لندون».
(٢) وراجع نقض مدنى فرنسى ١٧ اكتوبر ١٩٧٩ بلتان المدنى- ٢- رقم ١٦٦.
(٣) نقض مدنى فرنسى ١٦/ ١١/ ١٩٧٠ دالوز- ١٩٧١ ملخص ٦٩.

بالاستثناء، وتصبح قاعدة واجبة الاعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، ومؤداها أنه اذا كان صاحب الحق قد اسهم بخطئه - سلبا أو ايجابا- فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتى من شأنها ان تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، ومقتضاه نفاذ التصرف المبرم يعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق..».

(نقض ٣٠ ديسمبر عام ١٩٩٢ طعن ٣٣٤، س ٥٨ق، مجموعة الاحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية، السابق، جزء ٢ ص ١٤٥٨ وما بعدها).

ولكن يلاحظ أن الاخذ بنظرية الاوضاع الظاهرة مشروط بعدة ضوابط:

الضابط الأول: ان هذه النظرية لا مجال لإعمالها فى شأن العقارات الا في حدود اعمال الادارة فقط. وهو ما يتفق مع التطبيقات القضائية السابق ذكرها، والصادرة من محكمة النقض والتى صدرت فى شأن اعمال الادارة فحسب، وبالتالى لا مجال لإعمالها فى شأن التصرفات الناقلة للملكية العقارية، حيث لا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل، وهو ما لا يتصور الا اذا كان التصرف صادرا عن مالك ملكية قانونية كاملة وفق قانون الشهر العقارى. وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات التى تنشئ حقا عينيا تبعيا واجب الشهر.

الضابط الثانى : انه فى خارج نطاق التصرفات العقارية لا مجال لاعمال نظرية الاوضاع الظاهرة الا اذا كان من يتمسك بها حسن النية، **وهو لا يكون كذلك اذا كان لم يبذل عناية الرجل المعتاد فى التحرى عن صاحب الحق**

الحقيقى، وكان بالتالى معذورا فى المظهر الخادع الذى دعاه الى التعامل مع غير المالك ، فضلا عن خطأ المالك الحقيقى، او صاحب الحق، في تمكين الغير من الظهور بمظهر المالك.

المقصد الثانى
حظر تعاقد الشخص مع نفسه

يقتضي منطق الأشياء أنه حين نتحدث عن التعاقد فان ذلك يفترض بداهة التقاء ارادتين متقابلتين او اكثر على احداث اثر قانونى. فالعقد ظاهرة ثنائية المولد وليس ظاهرة آحادية. ومن هنا تبدو ظاهرة التعاقد مع النفس ظاهرة غير عادية، فان وجدت فلابد ان تكون ظاهرة استثنائية ومقيدة بالضرورة. لذلك أورد المشرع المصرى نصا يحرم تعاقد الشخص مع نفسه هو نص المادة ١٠٨ مدنى «**لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه** باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو او لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الاصيل. على أنه يجوز للاصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون او قواعد التجارة». فالاصل العام اذن هو تحريم تعاقد الشخص مع نفسه. ويتصور هذا التعاقد الممنوع، من حيث الاصل العام، بأن تتوافر لدى شخص واحد صفتى النائب عن شخصى المتعاقدين (الاصلاء) فيبرم العقد مع نفسه بصفته نائبا عن كل منهما. أو ان يبرم العقد اصاله عن نفسه مع نفسه، بصفته نائبا عن المتعاقد الاخر، أو ان يكون ممثلا قانونيا عن شخصين اعتباريين فى وقت واحد فيبرم عقدا مع نفسه بصفتيه. وفى جميع هذه الحالات يقوم حظر التعاقد مع النفس على حكمة مؤداها الحرص علي مصالح اصحاب الشأن (الأصلاء). فالنائب يتعين ان يكون امينا على مصالح الاصيل، وأن يحرص على تحقيقها على أكمل وجه،

وهو لا يستطيع أن يفى بهذا الالتزام اذا ابرم العقد بصفته نائبا عن الغير واصالة عن نفسه، اذ اغلب الظن أنه سيضحى بمصالح الاصيل لمصلحته الشخصية. أما اذا ابرم العقد بصفته نائبا عن كل من الطرفين فانه سيقع حتما في محظور عدم القدرة على تحقيق مصالح الطرفين، فى وقت واحد، لان هذه المصالح غالبا ما يكون بعضها متعارضا مع البعض الاخر. وقد يميل به الهوى، أو عدم الاحتياط، الى ترجيح مصلحة طرف على مصلحة الطرف الاخر.

واذا خالف النائب الحظر السابق ذكره فان تصرفه يقع غير نافذ في حق الاصيل.

ونظراً لان قاعدة المنع تستهدف حماية الاصيل فان للاصيل أن يأذن للوكيل مقدما بالتعاقد مع نفسه، وفى هذه الحالة يكون التعاقد نافذا فى حق الأصيل. كذلك يجوز للاصيل، بعد ابرام التعاقد مع النفس، دون اذن مسبق ان يصدر إقرارا لاحقا، فيصبح التصرف نافذا في حقه وتنصرف اثاره الى ذمته. وقد افادت المادة ١٠٨ مدنى هذه المعانى عندما قررت ان للاصيل ان يرخص مقدما للنائب فى التعاقد مع نفسه، وأن له ان «يجيز» التعاقد بعد حدوثه. كما أشار ذات النص الى ما قد يقضى به القانون وقواعد التجارة من حالات يجوز فيها التعاقد مع النفس استثناء. ومن القواعد القانونية التى تجيز التعاقد مع النفس نص المادة ١٤ من قانون الولاية على المال الذي ينص على أن «للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك»[1]. ومن قواعد

(١) يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الولاية على المال التى لا تجيز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر نفسه.

التجـارة يجوز للوكيل بالعـمولة ان يتعـاقد مع نفسـه لحساب طرفي العـملية القانونية التي يجريها لحساب كل منهما.

المقصد الثالث

آثار النيابـة

تتحدد آثار النيابة على محاور ثلاثة : محور النائب- والاصيل، النائب - الغير، ثم الأصيل والغيـر.

- **بالنسبـة لعلاقة الـنائب بالاصيل :** تتحدد هـذه العلاقة وفقا لـلمصدر الذي أنشـأها. ففى النيـابة القانونيـة تتحـدد العلاقـة وفقـا لنصوص القـانون الخاص بهـا، وفى النيـابة القضائـية تتحـدد بمقتـضي حكم القضـاء الذى عين النائب وحدد له مـهمته، وقد يحـدد له أجره. أما فى الوكالة فـان الاتفاق هو الذي ينظم العـلاقة المذكورة مع مـلاحظة أن الاصل في الوكالة، فـى القانون المدنى، أنهـا بغير أجـر ما لم يتـفق على غيـر ذلك صراحـة أو ضمنا (م ٧٠٩ مدنى)، ويفـترض أن الوكـالة بأجر اذا اسندت الى شـخص مهنته الـنيابة عن الغير فى الاعمال القانونية.

- وفي جمـيع حالات النيابة، أيا كـان مصدرها، فـان على النائب دائما التزاما بأن يقدم حسابا عن اعـمال نيابته (م١٦ من قانون الولاية على المال فى شأن الولى وم ٤٥ و ٥٠ فى شـأن الوصى وم ٧٨ فى شأن القـيم والوكيل عن الغائب وم ٧٠ مـدنى فى شأن الوكالة)، كـما يلتـزم بأن يؤدي نيابته بمقـتضي الامانة الواجبة بما يحقق مصالح الاصيل.

- **أما بالنسـبة لعلاقة النائب بالغـير :** فان من مـقتضي النـيابة أن النائب يتصرف باسم الاصـيل ولحسابه وأن اثار التصرف تصب مبـاشرة فى ذمة هذا الاصيل. ويتـرتب على هذا المنطق ان النائب لا صفـة له في مطالبة الغـير بأية حقوق ناشئة عن العقد، كمـا أن الغير (المتعاقد معه) ليس له ان يطالب النائب

بأية التزامات، وهو ما يعنى ان التعامل فى شأن تنفيذ آثار العقد انما يقوم بين المتعاقدين الاصيلين مباشرة حيث يختفى النائب من على المسرح بعد ابرام العقد. كل ذلك ما لم يسند الى النائب ان يقوم بتنفيذ العقد ايضا (وليس مجرد ابرامه فقط) ففى هذه الحالة تمتد صفة النائب الى التنفيذ بمقتضى الاتفاق. كما ان من المتصور أن يوقع النائب على العقد بصفته ضامنا الاصيل، إى أن يقيم نفسه كفيلا فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

وأخيرا فان مبدأ انصراف اثار العقد الى ذمة الاصيل، وخروج الوكيل من على مسرح العلاقة الناشئة عن العقد (ما لم يتفق على غيره)، لا يحول دون مسئولية الوكيل عن اخطائه الشخصية فى تنفيذ الوكالة. وهى مسئولية تقوم لمصلحة المضرور سواء كان المضرور هو الغير أو كان هو الاصيل ذاته. وقد قضى تطبيقا لذلك بمسئولية الوكيل عن الاخطاء التى ارتكبها[١]، سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على تعليمات من موكله، والتزامه بتعويض ما ترتب عليها من اضرار[٢].

- **أما بالنسبة للعلاقة بين الاصيل والغير،** فانها تنشأ مباشرة بينهما وفقا لجوهر النيابة. فالاصيل هو طرف العقد فى مواجهة الغير (المتعاقد معه). وهو ما عبرت عنه صراحة المادة ١٠٥ من القانون المدنى. «فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل». ومعنى هذا أن الاصيل هو الذى يتلقى الحقوق الناشئة عن العقد، وفق شروط انتقالها القانونية، وهو الذي يصبح دائنا أو مدينا. كما أن للاصيل ان يقيم الدعوى الناشئة عن العقد باسمه مباشرة ضد الطرف الاخر في العقد. وأخيرا فان التاريخ العرفى للعقد يعتبر حجة على الموكل باعتباره اصيلا فيه.

---

(١) الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ مارس ١٩٧١ فى الاسبوع القانونى ١٩٧١ -١٦٧٦٢٢، والدائرة التجارية فى ٩ مايو ١٩٧٧ جازيت دى باليه ١٩٧٧ ملخص ١٨٣.

(٢) فى حالة ارتكاب الوكيل خطأ بتعليمات الاصيل فانهما يسألا معا قبل الغير المضرور.

المبحث الثالث

التراضى (تبادل التعبير عن الارادة)

ينعقد العقد بتبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين ويتخذ هذا التعبير صورة الايجاب من جانب أحد الطرفين، وصورة القبول من جانب الطرف الاخر. وعندما يلتقى الثانى بالأول يقوم العقد قانونا، اذا استوفى شرائطه القانونية الاخرى.

ويقتضى فحص التراضى أو تبادل التعبير عن الارادة دراسة كل من الايجاب والقبول، وتحليل كل منهما وبيان شرائطه القانونية، ثم نعرض بعد ذلك لانعقاد العقد.

المطلب الاول

الايجـاب

يمكن تعريف الايجاب بأنه تعبير عن ارادة التعاقد يصدر من أحد الاشخاص مفصحا من خلاله عن نيته فى ابرام عقد بشروط اساسية محددة. فاذا ما صادف هذا الافصاح «قبولا» من الطرف الموجه اليه انعقد العقد قانونا[1].

ونلاحظ بصفة مبدئية أن صاحب الايجاب، أى الموجب، هو ذلك الطرف الذى يقدم عرضا بالتعاقد، يصادفه قبول بغير تعديل أو تحفظ. ولذلك فالموجب ليس دائما هو صاحب الاقتراح المبتدأ بالتعاقد. فقد يدخل شخصان في مفاوضات صعبة وطويلة، وبناء على مبادرة من أحدهما تتخللها عروض،

(١) راجع : عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٢٥، محمد كمال عبد العزيز، السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

وعروض مضـادة، وفي هذه الحالة لابد، عندما تنتهى المفـاوضات الى موقف محـدد من الطرفين، أن تحـدد من هو «الموجـب» ومن هو «القـابل» لأن هذا التحديد يكتسب أهمية فى حالة التعـاقد بين غائبين، لبيان مكان وزمان انعقاد العقـد، فالعقـد ينعقد وفقـا للمادة ٩٧ مدنى فى المكـان والزمان اللذين يعلم فيهـما الموجب بالقبـول، ما لم يوجـد اتفـاق أو عرف يقـضى بغيـر ذلك».

ويفـترض أن الموجب قـد علم بالقـبول في المكان والـزمان اللذين وصل اليـه فيهما هذا القبول». وبالتالى يكون تعيين الموجب، وتعيين القابل، أمرا هاما فى تسكين انعقاد العـقد زمانا ومكانا. وكما أشـرنا، الموجب هو صاحب العرض الذى يصـادف القبـول دون تعـديل، أما اذا تحـفظ الشـخص الذى توجه اليـه الايجـاب، أو قدم تعـديلا على مـا عرض عليـه، فـان هذا التحـفظ، أو ذلك التعديل، يعتـبر ايجابا من جانبه ينتظر قبـولا من المرسل اليه وهكذا. وحاصل ذلك، اذن، أن الموجب لـيس هو بالضـرورة صـاحب المبـادرة الاولى نحــو التعـاقد. ولهذا السبب أيضـا فان الشخص الذى يعـقد عقودا مكتـوبة سلفا، لكى يوقع عليـها عـملاؤه، قـد لا يكون مع ذلك «مـوجبـا». وهو ما يحـدث عندما يطلب العميل تعديلا فى أحد شروط العقد، كتعديل موعد التسليم، أو مكانه، أو نفقاته، ثم يقـبل الطرف الاخر هذا التعديل، فى هذا الفرض يعـتبر هذا الاخير قابلا، ويعتبر طالب التعديل موجبا، رغم أن مبادرة التعاقد جاءت فى صورة عقد محرر سلفا على نموذج أعده صاحب العرض الأول.

خصائص الايجـــــاب :

يشترط فى عرض التعاقد لكى يكون ايجابا بالمعنى الصحيح عدة شروط: وهى أن يـكون **محددا وقاطعا** لا يحتـمل التأويل أو الغـــموض، **ولا يحمل**

تحفظا يحول دون الطرف الاخر والقبول.

- أما من حيث **التحديد** فان الايجاب يتعين أن يتضمن عرضا واضحا محددا للتعاقد، أى مشروع تعاقد بالمعنى الكامل. وهو ما يتحقق عندما يتضمن الايجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، فان كان مشروع التعاقد عن عقد ايجار، تعين أن يتضمن تحديد الشئ المؤجر والاجرة والمدة، وأن كان عن عقد بيع تعين ان يتضمن تحديدا للشئ المبيع والثمن.. الخ وتتوقف العناصر التى يجب تحديدها، بطبيعة الحال، على نوع العقد المراد ابرامه، فهناك بعض العقود التى يكفى فيها عرض موضوع التعاقد دون بيان السعر أو الاجر، فمثلا قد لا يفصح الطبيب دائما وبوضوح عن الاجر الذي قد يتقاضاه نتيجة لعمله، وكذلك فى مهنة المحاماة، فقد يجرى العرف على هذا النحو، فيعتبر العرض ايجابا كاملا ينعقد به العقد ان صادف قبولا من الطرف الاخر على أن يتحدد المقابل فى وقت لاحق.

- ومن حيث **القطع**، وعدم الغموض، يتعين ألا يتضمن الايجاب ما يحول دون الطرف الآخر وابداء قبول مباشر للعرض. فمثلا لو تلقى شخص عرضا من جانب رئيس لمجلس ادارة احدى الشركات للتعاقد على صفقة ما، ثم تلقى في نفس الوقت عرضا مناقضا من مدير ادارة اخرى، كادارة المبيعات، فان الايجاب لا يقوم فى هذه الحالة بسبب عدم التحديد والغموض. وكذلك الحال لو اختلفت عروض التعاقد بين المركز الرئيسى والفرع الاقليمى. ففى مثل هذه الحالة لا يستطيع الطرف الاخر، الموجه اليه العرض، أن يقبل دون أن يتقصى من الشخص المعنوى عن ارادته الحقيقية، وأى التعبيرين يتحقق به مقصودها.

- **ومن ناحية أخرى** فان عرض التعاقد اذا لم يتضمن تحديدا واضحا لعناصر العقد فانه لا يعد ايجابا إنما يعد مجرد دعوة للمفاوضة. ومن ذلك العروض التى تنشر فى الاعلانات السياحية عن الفنادق والمطاعم والرحلات والتى تضع اسعارا غير نهائية، اذ قد يذكر أن أجر الغرفة هو فيما بين عشرين وخمسين جنيها مثلا، أو أن المقابل يتوقف على الخدمات التى يطلبها العميل عند قدومه للتعاقد. فى مثل هذه الحالات يعتبر العرض دعوة للتفاوض يعقبها الاتفاق، اذا انتهى الطرفان الى التراضى على العناصر الجوهرية للعقد. ولكن يلاحظ أن من يدعو الى التعاقد أو التفاوض، على النحو السابق، يعد مسئولا عن التغرير بالعملاء أو استدراجهم دون نتيجة. فمثلا لو ان سائحا، أو مواطنا، هبط من الطائرة أو القطار فوجد حافلة خصصها أحد الفنادق لجذب المسافرين للتعاقد معه، فصعد اليها متوجها الى الفندق، وعند وصوله أخطره مدير الفندق بأنه لا توجد أماكن خالية. فى هذه الحالة يعد الفندق مسئولا مسئولية تقصيرية عما لحق بالشخص من اضرار. فما كان يجوز لادارة الفندق أن ترسل حافلتها الي مكان وصول المسافرين ثم تنقلهم الى الفندق وهى تعلم عدم وجود أماكن لهم.

- أما اذا كان هناك مجال **للمفاوضة** بالفعل، فان الامر يأخذ مسار المناقشة واقتراحات التعديل المتبادلة الى ان ينتهى الى ما يستقطب رضاء الطرفين. وليس هناك التزام، من حيث المبدأ، على ان تنتهى المفاوضات الى تعاقد نهائى، فمن حق كل منهما ان يقطع هذه المفاوضات، وفق مصالحه، دون ان يترتب على قطعها أية مسئولية. وهو ما يعد أحد انعكاسات الحرية العقدية والحرية الاقتصادية. ولكن تلك الحرية يحد منها مبدأ آخر هو مبدأ

حسن النية فى التعامل، والذي ينطبق أيضـا على مسار المفاوضات. فعلى كل طرف أن يقـود المفاوضـات بالأمـانة الواجـبة، بأن يقـدم للطرف الاخـر، من ناحية، المعلومـات والمستندات الضرورية لتنويره وتبصـيره، وأن يترك لـه، من ناحـية اخرى، الوقـت الكافى والضرورى للتـأمل واتخاذ القـرار المناسب فى شأن مصير التعاقد. أما اذا جنح أحد المتعاقدين الى قطع المفاوضات على نحو تعسـفى بأن قدم فـجأة، وعمـدا، مقـترحات مـؤكدة الرفض، أو افـشى سرية المعلومات الخـاصة بالطرف الاخر، على نحـو يدفعه حتـما الى عدم التعـاقد، فانه يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عما يلحق المضرور من أضرار نتيجة سوء النية، بأن يعوضه ما أنفقه من نفقـات فى دراسة جدوى التعاقد أو فى الانتقال أو ضياع الوقت..

ومن ناحيـة ثالثة **فقد يضمن عرض الـتعاقد تحفظات** بنوعيات ودرجات متفاوته. ومن هذه الـتحفظات ما لا يفقد العرض وصف الايـجاب، ومنها ما يفـقـده هذا الوصف ويجـعل منه مـجـرد دعوة الى التـفـاوض. **فقد يتـحفظ صـاحب الايجاب تحـفظا صـريحا مـفـاده أن ايجابه مـقتـرن بحـجم محـدد للبضائع**[1]، أى فى حـدود كمـية مـعينة هـى الموجودة لديه. وفى هذه الحـالة يبقى الايجاب قائما صحيحا وملزما لصاحبه، رغم التحفظ المشار اليه. كذلك الحال لو تضـمن الايجاب عرضا مـقترنا بشروط يتـوقف إعمالها علـى قبول المرسل اليـه أو رفـضـه. فلو ان تعـاملا يـجرى بين احـدى شـركـات الملابس الجـاهزة وأحد عـمـلائها ثم حـدث أن بعـثت الشـركة عـرضا يـتضـمن بيع الاصناف التى تنتجـها، مع التحفظ أنها لن تـتعاقد مثـلا على الملابس الخاصة

---

(١) مع ملاحظة أن هذا التحفظ قد يُفترض ضمنا ولو لم يذكر صراحة.

بالرجال، فان هذا العرض يعتبر ايجابا كاملا رغم التحفظ، لان هذا التحفظ ينبنى عليه الموقف النهائى للمرسل اليه، سواء بقبول التعاقد أو رفضه. كذلك الحال فى كل حالة يُعلق فيها الايجاب على شرط، غاية الامر ان التعليق لابد ان يبنى على شروط موضوعية، لا تسمح لصاحب الايجاب أن يرجع عنه بطريقة تحكمية، ويسمح للقضاء أن يراقب موضوعيته. فمثلا يعتبر ايجابا عرض التعاقد وفقا لسعر الصرف المحدد فى السوق المصرفية يوم ابرام العقد، أو أن يكون التعاقد وفق أسبقية تقديم طلبات الشراء. أما اذا عُرِضَ الايجاب في اطار صياغة تسمح لصاحبه أن يتحكم فى إبرام العقد أو عدم ابرامه، دون معيار موضوعى، فاننا نخرج عن نطاق الايجاب بالمعنى الصحيح. وكذلك الحال، ومن باب أولى، لو توقف التعاقد على محض مشيئة أحد الطرفين، كما لو تحفظ البائع، بأن التعاقد لا يتم، حتى بعد توقيع المشترى، الا بموافقة مدير الشركة البائعة، ففى هذه الحالة لا نكون بصدد ايجاب من جانب البائع بل بصدد وعد بالتعاقد من جانب واحد هو المشترى.

وقد يكون **التحفظ الوارد فى الايجاب ضمنيا** يستفاد من الظروف ولا يفقد الايجاب وصفه القانونى. وفي هذه الحالة يخضع امر تقدير الايجاب ومدى اعتباره قائما لتقدير القاضى فى الحالة التى تعرض عليه. فمثلا لو عرض أحد المحلات الكبرى فى القاهرة، «عمر أفندى» مثلا، أثناء فترة التحفيضات الموسمية، كميات من البضائع باسعار مخفضة محددة، فتقدم اليه أحد التجار طالبا شراء الكمية كاملة، لكى يعيد بيعها فى محلاته الخاصة فى الاقاليم، فهل يعد عرض البضائع ايجابا صادفه قبول من جانب التاجر المذكور، بما ينعقد معه العقد؟ لا يمكن الانتهاء الى هذه النتيجة، ولا يمكن،

بالتالى، الزام المحل الكبير بالبيع على النحو المذكور. ذلك أن عرض البضائع، بطريق الأوكازيون، يتضمن نوعا من الدعاية والاعلان للمحل، بقصد جذب العملاء وتوثيق ارتباطهم به، ودفعهم الى شراء بضائع أخرى، قد لا تكون مخفضة. لذلك فان الايجاب الصادر عن «المحل المذكور» يتضمن بالضرورة تحفظا ضمنيا بعدم بيع الكميات المعروضة دفعة واحدة، لمن يتقدم لشرائها بوصفه تاجر جملة. فالاعلان عن البضائع يكون، في الفرض السابق، موجها، بالضرورة، الى جمهور معين، بطريقة معينة.

القوة الملزمة للايجاب :

نصت المادة ٩٣ مدنى على أنه «١- اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضي هذا الميعاد» «٢- يستخلص الميعاد من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة».

وواضح من النص أنه فرق بين فرضين: الأول هو اذا اقترن الايجاب بميعاد للقبول. والثانى فى حالة عدم اقترانه بمثل هذا الميعاد.

١- **حالة عدم اقتران الايجاب بميعاد :** وهو فرض لا يتوافر الا في حالة التعاقد بين حاضرين، أى التعاقد فى المواجهة. وفى هذه الحالة ينعقد العقد باقتران القبول بالايجاب من فوره، ولا يستطيع الموجب أن يتحلل من الرابطة العقدية، لأن العقد يكون قد انعقد بالفعل، ولا مجال لفسخه بارادة أحد طرفيه المنفرده، ويجوز للطرف الآخر، بالتالى ، أن يطلب تنفيذه جبرا عن ارادة الاخر كما تنعقد بعدم التنفيذ المسئولية العقدية. ويترتب على هذا المنطق ان العقد، وقد انعقد، لا يجوز نقضه او تعديله، الا باتفاق طرفيه، أو للاسباب التى يحددها القانون. ولا يمنع من انعقاد العقد، على النحو المذكور سلفا، أن

يتطلب القانون اجراءات اخرى لترتيب اثر من اثاره، كـما هو الحال في البيوع العقـارية، حيث يتطلب القانون شـهر التصرف، بطـريق التسجيل فى الشـهر العقارى، حتى تنتقل ملكية العقار من البائع الى المشترى. فمثل هذا الشرط لا يؤثر فى انعقاد العقد أو فى قوته الملزمة. ويجوز للمشترى فى المثال المعروض، أن يلجأ للقـضاء للحـصول على حكم بصحـة ونفاذ العـقد، ويقوم تسـجيل الحكم مقام توقيع البائع فى الشهر العقارى، ويؤدى هذا التسجيل بالتالى، الى نقل الملكية.

ويلاحظ أن شـرط فـورية القبـول، والسـالفـة الذكر، تقـتـضى أن يكون التفـاوض بين حاضـرين، أى بين شخـصين يجمـعهـما **مجلس عـقد** واحد. ووحدة مجلس العـقد إما ان تكون **حقيقية** هى حالة التعاقـد وجها لوجه. وإما أن تكـون **حكمية** وهى حالة التـعاقد **بالتليـفـون أو بأى طريق مماثل**، اذ تغـنى وحدة الزمان عن شرط وحدة المكان.

غير أن ضرورة فورية القبول المذكورة ليست شرطا جامدا، أو متعسفا، اذ يدخل عليها قدر من المرونة التى تقتضيها حاجة من وجه اليه الايجاب للتأمل والتدبر، ولكن بشرط أن يكون مجلس العقـد مازال قائما بين الطرفين. ويبقي المجلس قائما مـا بقى طرفاه منشغلين بالتعاقد، دون ان ينصـرفا الى شئ آخر. فاذا تحقق هذا الفـرض وظل الموجب على ايجابه، لم يعدل عنه، **أثناء مجلس العقد**، فان للطرف الآخر أن يصدر قـبولا، أثناء ذلك، ولو بعد تأمل وبتدبر لا تتحقق معه الفورية بمعـيار جامد أو تحكمى. ومعنى ذلك أن الفورية تعنى، مع قـدر من المرونة اللازمـة، فورية مـجلس العـقد، مـادام الموجب لم يعـدل عن ايجابه قبل صدور القبول.

وحاصل ما سبق، أنه فى التعـاقد بين حاضرين من حق الموجب أن يعدل عن ايجابه (ما لم يكن قد حـدد ميعادا للقبول) كمـا يسقط الايجاب بالعدول عنه قبل القبول أو برفـضه ممن وجه اليه، ويسقط أيضا بانقضـاء مجلس العقد دون اتفاق.

٢ - اقتران الايجاب بميعاد (الايجاب الملزم):

قد يقـترن الايجاب بميـعاد للقبـول، وقد يستفاد هذا الميـعاد من طبيـعة المعاملة أو من ظروف ومـلابسات التعاقد، وفى هذه الحـالات يكون الايجاب ملزما لصاحبه المدة التى حددها، أو المدة المعقـولة التى تفرضها ظروف التعاقد أو طبيعـته. ولا يجوز للموجب أن يسحب ايجـابه أو أن يعدل عنه طوال المدة المشار اليها.

ولا مـشكلة فى التـحـديد الصـريح الـذى يقـرنه الموجب بايجـابه. أمـا التـحديد الـقائم على فكرة المـدة المعقـولة والمسـتمـدة من طبـيعـة المعـاملة أو ظروفهـا، فمن أمـثلته التـعاقـد بين غائبين، دائمـا، اذ يقتضى الحـال ان ينتظر الموجب المدة المعـقولة لوصول ايجـابه الى من وجه اليـه، وعودة هذا القـبول. كذلك الحال فى عرض التـعاقد مع شرط التجربة، أو التـعاقد بطريق الاعلان فى الصحف او التليفـزيون، أو عن طريق نشرة تم توزيعها على جـمهور من المستهلكين[١]. وقد علقت المذكـرة الايضاحية للمـشروع التمهيـدى للقانون المدنى على الحكم الـسابق بقـولهـا «يظل الموجب مـرتبطا بايجـابه فى خـلال الميعاد المحـدد للقبول متى حـدد له ميعادا، سواء فـى ذلك أن يصدر الايجاب لغائب او لحاضـر، فاذا انقضى الميعـاد ولم يصل القبول، فلا يصـبح الايجاب

---

(١) وتخضع هذه المسألة لتقدير القاضى الذى يحدد ما هى المدة المعقولة.

غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الالزام، بل هو يسقط سقوطا تاما. وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب. فهو يقصد ألا يبقى ايجابه قائما بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب. ويراعى ان القول بسقوط الايجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة ايجاب جديد. وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشرع في نص لاحق. وغنى عن البيان ان الايجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول ارادة منفردة، والثانى اتفاق ارادتين».

ولكن يلاحظ أن الحكم السابق رهين بخروج الايجاب من حوزة صاحبه وتوجيهه الى الطرف الاخر. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن يمؤدى المادتين ٩١ و ٩٣ من القانون المدنى أن التعبير عن الارادة لا ينتج اثره الا من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه. فاذا كان الموجب قد التزم فى ايجابه بالبقاء على هذا الايجاب مدة معينة فان هذا الايجاب لا يلزم الموجب الا من وقت اتصال علم من وجه اليه به، الى هذا الوقت يعتبر أن الايجاب في حوزة الموجب، فله ان يعدل عنه او يعدل فيه، لأن التعديل ما هو الا صورة من صور العدول لا يملكه الا فى الفترة السابقة على وصول الايجاب الى علم من وجه اليه. وعلى ذلك فاذا تبين ان طالب الشراء ابدى فى طلبه الموجه الى عضو مجلس الادارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لا يصبح نافذ الاثر بين الطرفين الا بعد موافقة مجلس ادارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة اشهار مزاد بيع الاطيان لحين ابلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه. فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول

الطلب الى عضو مجلس الادارة المنتدب، فان هذا الايجاب يعتبر نافذ الاثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت الشركة فى طلبه بالقبول أو بالرفض وذلك عملا بنصوص الطلب، ونزولا على حكم المادة ٩١ و ٩٣ المشار اليهما»[١].

ويلاحظ أخيرا أن العدول عن الايجاب الملزم، أى العدول قبل انقضاء المدة المحددة فيه صراحة، أو المفترضة ضمنا، يرتب مسئولية من عدل[٢] فقد التزم التزاما قانونيا صحيحا، وكان يتعين عليه أن ينتظر فوات المدة حتى يعطى للطرف الاخر فرصة القبول أو الرفض. وأساس التزامه هنا هو ارادته المنفردة عملا بنص المادة ٩٣ من القانون المدنى والسابق عرضها. أما اذا انقضت المدة دون قبول، فان الايجاب يسقط، وبالتالى لا يرد عليه قبول، فاذا جاء «قبول» اعتبر ذلك ايجابا جديدا على نحو ما سبق ذكره.

---

(١) نقض ١٩٥٨/٤/١٠ مجموعة المكتب الفنى، س ٩، العدد ٢، ص ٣٥٩.

(٢) نفترض هنا عدم حدوث القبول، لأن القبول لو تم قبل العدول لا نعقد العقد قانونا، ولا يكون هناك مجال لعدول الموجب.

المطلب الثانى
القبول وانعقاد العقد

ينعقد العقد، كما سبق أن أشرنا، بصدور قبول يلتقى بالايجاب مطابق له دون تحفظ أو تعديل.

- ويلاحظ هنا بصفة مبدئية أنه لا التزام على عاتق من توجه اليه الايجاب أن يقبله[1]، ففى استطاعته أن يعلن رفضه، أو أن يعلن تحفظه، أو أن يقترح عليه تعديلا. وفي الحالتين الاخيرتين يعتبر التحفظ أو اقتراح التعديل ايجابا من جانب مصدره يحتاج الى قبول من الطرف الاخر. وقد سبق أن ألمحنا لذلك. غير أن حرية الرفض ليست مطلقة اذ يرد عليها قيد عام قائم على مبدأ حسن النية والثقة الواجبة في المعاملات. وهما معنيان أصبحا من المعانى الأساسية فى التطورات القانونية الحديثة. وهذا القيد العام كانت تنص عليه المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى - والتى حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة - والتى كان نصها يجرى على أنه «يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا اليه، فلا يجوز، في هذه الحالة، أن يرفض التعاقد الا اذا استند الى اسباب مشروعة». وهذه الفكرة هى تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحقوق، فالذى دعا الى التعاقد يكون قد أنشأ حالة استحث فيها المخاطبين بدعوته الى التفاوض أو الى التعاقد. فاذا

---

(١) بل ويستطيع سحبه، قبل وصوله الى علم الموجب حتى ولو كان قد صدَّره اليه كان يبعث شخص بقبوله في خطاب وقبل وصول الخطاب الى الموجب يعاجله ببرقية أو تلكس يخطره فيها بسحب القبول. وبالتالى يكون التعبير بالقبول قد ألغى قبل وصوله الى علم من وجه اليه أى قبل انتاجة اثره وفقا للمادة ٩١ مدنى.

ما عدل عن التعاقد وجب ان يكون عدوله قائما على اسباب مشروعه، والا كان رفضه تعسفيا يستوجب المسئولية. ونعتقد أن هذه المسئولية تتمثل فى تعويض المضرور عما لحقه من اضرار تتحدد بما ضاع من وقته وجهده وما أنفقه من نفقات فى الاستجابة لدعوة التعاقد، ولكننا لا نعتقد أن الأمر يصل الى حد التعويض العينى، باعتبار العقد قائما، لأن ذلك فى تقديرنا يتجاوز حدود التعويض العادل والمعقول. ولذلك لا نتفق مع ما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى من أنه يجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب الى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض اذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك».

ومن الامثلة على الدعوة الى التعاقد ما قد يعلنه بعض التجار، أو أصحاب الفنادق، والحوانيت، من نشرات مزودة بمعلومات تدعو الجمهور الى التعاقد معها. ومن صور الرفض لأسباب غير مشروعة رفض التعاقد بسبب الديانة، أو بسبب اللون، أو بسبب الانتماء الى نقابة أو حزب سياسى(1). واذا تجاوزنا هذه النقطة المبدئية، فى حرية رفض التعاقد، وما عليها من تحفظ، فان القبول الذي ينعقد به العقد يتعين ان تتوافر فيه شروط محددة، كما أن التقاءه بالايجاب يثير مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد. ونعرض للأمرين فى بندين مستقلين على التوالى :

---

(1) ما لم يكن فى طبيعة المعاملة ما قد يستدعى مثل هذا التحفظ، فى فروض نادرة، كما لو أعلنت مؤسسة دينية عن وظيفة تستدعى اتحاد الديانة مثلاً.

المقصد الاول
شروط القبول

(١) تطابق القبول مع الايجاب:

ينعقد العقد، كما أشرنا فى أكثر من موضع، بصدور قبول يطابق الايجاب. ولا يتم العقد» ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفى لالتزام الطرفين،حتى ولو أثبت هذا الاتفاق فى ورقة مكتوبة»[١]. وقد نصت المادة ٩٥ مدنى على أنه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة». ومعنى ذلك أن تطابق القبول مع الايجاب لابد أن يتوافر عن المسائل الجوهرية فى التعاقد، وأن ترك مسائل تفصيلية دون اتفاق لا يحول دون قيام العقد ما دام الطرفان لم يعلقا الانعقاد على الاتفاق عليها، وفى هذه الحالة يقوم القاضى بتكملة الاتفاق فى شأنها وفقا لطبيعة المعاملة ومن الاحكام المكملة في القانون المدنى وما يستمده من العرف والعدالة[٢]، أما اذا علق أحد الطرفين قبوله على تحديد شروط لم تطرح بعد، ولم يحسم أمرها، في مشروع الاتفاق، فانه لا يجوز القول بتطابق القبول مع الايجاب.

---

(١) المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، مجموعة الاعمال التحضيرية -٢ص ٤٦.

(٢) نقض مدنى مصرى ٢٦/ ١/ ١٩٦٧، مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفنى، س١٨، ص ٢١٥.

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الخصوص أنه اذا كانت هيئة الاصلاح الزراعى قد علقت قرار التعاقد على تحرير عقد بمعرفة الشئون القانونية **وبالشروط التى ترى** هذه الادارة ذكرها فى العقد، فان العقد لا ينعقد مادام ذلك لم يتم[١].

ويترتب على شرط مطابقة القبول للايجاب ألا يقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه» فان تضمن شيئا من ذلك اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا (م ٩٦ مدنى). وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى بأن يشترط قانونا لانعقاد العقد مطابقة القبول للايجاب، فاذا اقترن القبول بما يعدل فى الايجاب فلا يكون فى حكم القبول الذي يتم به التعاقد، وانما يعتبر بمثابة ايجاب جديد لا ينعقد به العقد الا اذا صادفه قبول من الطرف الاخر، فاذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية، وللاسباب السائغة التى أوردتها، أن الخلاف بين الايجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية فى التعاقد، الذي كان يراد ابرامه، وانه ليس وليد خطأ مادى وقع فيه الطرف القابل، ورتبت على عدم مطابقة القبول للايجاب أن العقد لم ينعقد اصلا بين الطرفين فانها لا تكون قد خالفت القانون»[٢]. وأنه متى كان «قبول الشركة المطعون عليها وقد اقترن بشرط جديد لم يتضمنه ايجاب الشركة الطاعنة يعتبر رفضا لهذا الايجاب ولا يتلاقي معه فلا يتم به التعاقد بينهما، فان الحكم المطعون فيه، وقد انتهى الى قيام هذا التعاقد بين الشركة الطاعنة والشركة المطعون عليها بموجب هذا القبول، وقضى بمسئولية الشركة الطاعنة عن فسخه، ويكون هذا الحكم قد خالف القانون بما انساق اليه

---

(١) نقض مدنى ٦/ ١/ ١٩٧٥ مجموعة الاحكام، ص ٢٦، ١٨٣.

(٢) نقض مدنى ٢/ ٥/ ١٩٦٣، مجموعة الاحكام، س ١٤، ص ٦٥٣.

من مخالفته للثابت فى أوراق الدعوى متعين لذلك نقضه»[١].

واذا انتهينا مما سبق ذكره الى وجوب أن يكون القبول مطابقا للايجاب فى المسائل الجوهرية، فان السؤال يثور حول المعيار الذى يمكن بمقتضاه التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية. ولتحديد هذه المسألة هناك معيار موضوعى وهناك معيار شخصى. وليس المقصود هو اختيار أحد المعيارين ولكن المقصود هو الجمع بينهما، بمعنى أن المسألة، موضوع التعاقد، قد تكون جوهرية وفقا لمعيار موضوعى وقد تكون كذلك وفقا لمعيار شخصى.

أما المعيار الموضوعى فيؤدى الى أن الأداءات الرئيسية المتقابلة فى العقود تعد عناصر جوهرية لابد من الاتفاق فى شأنها. ففى عقد الايجار يعد جوهريا الاتفاق على الشئ المؤجر والاجرة والمدة، وفي عقد البيع يعد جوهريا الاتفاق على الشئ المبيع والثمن. وفى العقود الواردة على العمل يتعين الاتفاق على الخدمة المتعاقد عليها واسلوب ادائها والمقابل الذي يدفعه المتعاقد الاخر... وهكذا.

أما المعيار الشخصى فمعناه أن المتعاقدين قد يعتبرا عنصرا معينا جوهريا فى الاتفاق، رغم انه بذاته ليس كذلك من الناحية الموضوعية. وليس لهذا الامر امثلة محددة، اذ قد ينصرف اهتمام متعاقد ما الى موعد تسليم البضاعة المبيعة باعتباره عنصرا جوهريا، وقد ينصرف الاهتمام الى موعد الوفاء بالثمن أو الى تحديد من يدفع عمولة التعاقد أو اتعاب المحامى ... الخ. و الأمر رهن

---

(١) نقض مدنى ١١/ ١٢/ ١٩٥٨ مجموعة الاحكام، س ٩، ص ٤١، وراجع ايضا نقض مدنى ١٦/ ٢/ ١٩٦٧ من أنه اذا كان قبول المشترى يعارض الايجاب الصادر من البائع فان ذلك يعد رفضا يتضمن ايجابا جديدا. مجموعة الاحكام س ١٨، ص ٣٩٤.

بتقدير القاضى فى كل حالة تعرض عليه ويثور فى شأنها نزاع. فاذا تبين له، من واقع اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى، أو من طبيعة المعاملة، أو العرف، أو العدالة، أن العقد لا يتم بغير الاتفاق عليها، فانه يقضى بعدم انعقاد العقد (م٩٥مدنى).

(٢) نهائية القبـــول :

ينعقد العقد، وكما أشرنا فى أكثر من موضع، بصدور قبول يصادف الايجاب ويتطابق معه. والاصل هو كفاية هذا القبول لانعقاد العقد دون حاجة الى الالتزام بشكليه معينة، وذلك عملا بالقاعدة العامة فى رضائية العقود (ما لم يتطلب القانون أو اتفاق الطرفين شكلا خاصا للانعقاد، ويترتب على هذه الفكرة الاساسية أن انعقاد العقد لا يتوقف على كتابة وثيقة ما، ولا يتوقف ايضا على ان يضع المتعاقد توقيعه على مثل تلك الوثيقة. وقد قضي تطبيقا للمفهوم السابق فى فرنسا، بأن عقدالتأمين، وان كان يتعين توقيعه من جانب طرفيه، الا ان ذلك مطلوب لاسباب تتعلق بالاثبات فحسب، أما من حيث الانعقاد، فالعقد رضائى يتكون بتلاقى ارادتى اطرافه على احداث اثره القانونى. وكانت وقائع النزاع تتمثل فى ان شخصا قصد الى شركة التأمين طالبا التأمين على سيارته وقام بدفع قسط أول ثم قامت الشركة بارسال نسخة العقد اليه في موطنة للتوقيع عليها ولكنه تراخى فى ذلك حتى وقع حادث للسيارة، وهنا تمسكت الشركة بعدم قيام التعاقد، لأن المؤمن له لم يكن قد وقع على الوثيقة المرسلة اليه، وبالتالي تمسكت الشركة بعدم التزامها بدفع مبلغ التأمين الوارد فى الوثيقة. وقد أيدت محكمة الموضوع وجهة نظر الشركة. وعند الطعن فى الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية قضت هذه

المحكمة بنقض الحكم، مقررة ان طلب التأمين، من جانب العميل (المؤمن له)، هو ايجاب صادر الى الشركة مصحوب بدفع قسط أول، وأن قبول الشركة قد تحقق متمثلا فى قيامهـا بارسال وثيقة العقد لكى يوقع عليها[١]. ومعنى ذلك ان تلاقى الارادتين قد تحقق بالفعل قبل التـوقيع على الوثيقة من جانب المؤمن له، ويأتى التوقيع كمـجرد توفير دليل اثبات مكتوب على عقـد تم ابرامه فعلا وقانونا. وقد صدرت عدة احكام من محكمـة النقض الفرنسية فى شأن عقود التأمين وفق المبدأ السـابق، موضحة أن ارسال وثيقـة التأمين الى طالب التأمين هو قبول نـهائى للتعاقـد من جانب الشركة، وأن منازعـة الشركة مدعـية عدم إعـادة الوثيقـة المرسلة لطالب التـأمين مـوقعـا عليـها منه، حـتى تتـخلص من التزاماتها، هو منازعة لا طائل من ورائها»[٢].

وينطبق شرط **نهائية القبول** على أية تعديلات يقترحها أحد الطرفين على مشروع التعاقد[٣]، فهـذه التعـديلات لا تصبح نهائيـة الا بقبـول من وجهت اليه.

تطبيق خاص للقبول فى عقود المزاد :

تتم العقـود عادة بطريق الممـارسة، أى بطريق التفـاوض بين طرف وآخر وصولا الي الشـروط التى يرتضيـها كل منهمـا. غير أن هنـاك اسلوبا اخر هو اسلوب المزايدة، وتتبـعه الجهات الادارية غـالبا، كما قـد يتبعه الافـراد أحيانا.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٤ يناير ١٩٨٠ الاسبوع القانونى، ١٩٨٠- ٢-١٠٠.

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٥ فبراير ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٩-١٩٤، ٤ مايو ١٩٨٢ بلتان المدنى- ١- ص ١٣٨.

(٣) راجع : جستان، السابـق، رقم ٢٢٣، ونقض مدنى فرنسى ٢٠ يناير ١٩٨١ فى جازيت دى باليه ١٩٨١-٢- ملخص ص ١٢١.

ومن مقتضاه، تعرض الجهة أو الفرد، بضاعة للبيع، أو مكانا للايجار، بأعلى سعر، أو بأعلى أجرة، يتقدم به احد المشتركين في المزاد. لذلك فان كل متزايد يقدم عطاء معينا ويسقط العطاء بتقديم عطاء يزيد ولو كان باطلا»[١] (م ٩٩ مدنى). ويعتبر العطاء ايجابا صادرا عن المتقدم للمزايدة، ويتمثل القبول فى رسو المزاد على شخص معين. ويترتب على هذا المفهوم أن «لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد» (م ٩٩ مدنى) مما يعنى جواز الرجوع في المزاد قبل القبول، أى قبل ارساء المزاد.

وقد قضي تطبيقا للمعانى السابقة بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزادالعلنى أمام المجلس الحسبى، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس يعتبر ايجابا يجب ان يتعلق به قبول المجلس، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول[٢]. كما قضى بأن «طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر قانونا ايجابا منها وانما هو مجرد دعوة الى التعاقد، أما الايجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه، فاذا كانت الوزارة (الطاعنة) قد قبلت هذا الايجاب الصادر من المطعون ضده بغير تحفظ ببرقية نوهت فيها بأن «التفصيل بالبريد» فان هذا التنويه لا يمنع من انعقاد العقد على اساس الايجاب المذكور مادام الخطاب المتضمن هذا التفصيل لم يصل الى المطعون ضده قبل وصول البرقية». وانه «وان كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليه يترتب عليه طبقا للمادة ٩٩ مدنى سقوط العطاء الأقل الا انه لا يترتب عليه انعقاد العقد

---

(١) كما لو تقدم بالعطاء قاضى أو محام فى حالة لا يجوز لأى منهما فيها الشراء، أو مجنون أو معتوه.

(٢) استئناف مصر فى ٩/٦/ ١٩٣٤ المحاماه، س ١٣، ص ٢٨١.

بين مقدم العطاء الاعلى وبين الداع للمزايدة لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس الا ايجابا من صاحب هذا العطاء فلابد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بارسال المزاد عليه ممن يملكه، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده وقام باخطار الطاعن برفض عطائه فان عقدا ما لا يكون قد انعقد بينهما»[١].

ويلاحظ من ناحية ثانية أنه يجوز لمن يجرى تعاقدا بطريق المزاد أن يحتفظ لنفسه بالحق فى رفض أى عرض دون ابداء اسباب، مادام مقدم العطاء قد علم بهذا الشرط وارتضاه ودخل المزاد على اساس وجوده. وقد قضى فى هذا المعنى بأنه «متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة علي اساس قائمة شروط المزايدة التى تحوى النص على تخويل المطعون ضده الحق فى قبول أو رفض أى عرض دون ابداء الاسباب، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته، فانه يكون قد ارتضاه ويكون للمطعون ضده إعمالا لهذا الشرط مطلق الحرية في رفض أى عطاء ولو كان هو العطاء الاخير، دون أن يطلب منه ابداء سبب مشروع لهذا الرفض، ولا محل للرجوع في هذه الحالة الى الاحكام العامة الواردة في القانون المدنى والتى يستند اليها الطاعن لانها تعتبر من القواعد المكملة، فلا يلجأ اليها عند عدم الاتفاق على قواعد خاصة، ومن ثم فلا وجه لما يسنده الطاعن الى المطعون ضده الاول من تعسف قوامه أنه لم يبد سببا مشروعا يبرر رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته للتعويض[٢].

---

(١) نقض ٢٨/٣/١٩٦٦ مجموعة الاحكام س ١٧، ص ٧٣٠، ١٢/٦/٦٩ مجموعة الاحكام، س ٣٠، ص ٩٥٧.

(٢) نقض ١٢/٦/١٩٦٩ السابق الاشارة اليه.

ويلاحظ أنه لا يخل بحق صاحب المزاد فى رفض أى عطاء أن يكون قد قبل تأمين دخول المزاد أو جزء منه.

وأخيرا فان تمام التعاقد بطريق المزايدة قد يعلق، خاصة فى المزايدات الحكومية، على تصديق من سلطة رئاسية معينة، وفى هذه الحالة لا يتم ركن القبول الا بالتصديق المشار اليه» ولا يعتبر رسو المزاد وايداع مبلغ التأمين الا ايجابا صادرا من الراسى عليه المزاد»[١].

(١) نقض ٢/ ٢٠/ ١٩٦٨ مجموعة الاحكام س ١٩ ص ١٢٨٧.

المقصد الثانى
زمـان ومكان انعقاد العقد

سبق أن أشرنا الى أن التـعاقد قد يتم **بين حاضرين** وقد يتم **بين غائبين** . وفى **الحالة الأولى يجـمع المتعـاقدين مـجلس واحد**، هو مـا يسـمى «**مجلس العقد**» وهو مـجلس **حقيقى** عندمـا يتم التعـاقد فى المواجـهة، سواء كـانت المواجـهـة بين المتعـاقـدين أصـالة، أو تعـاقدا بطريق الـنيابة باحـدى صـورها المختلـفة. وفى مجلـس العقد لا يفـصل بين المتعـاقدين وفى تلاقـى الايجاب والقبـول، وبالتالى، فى انعـقاد العـقد، فاصل زمنى يـعتد به. فـالقبـول يجيئ ليلتقى بالايجاب، مطـابقا له، قبل أن ينفض مجلس العقـد. ونظراً لان العقد يتكون بصـدور القبـول وتطابقه والـتقـائه بالايجاب، فـان حل مشكلة زمـان ومكان انعقاد العـقد تصبح ميسورة الحل في التعاقد بين حاضرين. فالتعـبير عن الارادة ينتج اثره بوصـوله الى علم من وجه اليـه، ويعتـبر الوصول قـرينة على العلـم، على النحـو الذى سـبق أن بسطناه (م٩١ من القـانون المدنى). ويترتب على ذلك أن العقـد ينعقد فى ذات مكان مجلس العـقد وذات زمانه. فـالمشكلة تحل ببسـاطة نظراً لوحـدة الزمان ووحـدة المكان فى مـجلس عقـد واحد.

ويطبق ذات الحكم فى حالة التعاقد بطريقة التلـيفون، حيث تتوافر وحدة مـجلس العقـد من الناحـيـة الحكميـة. فـرغم اختـلاف مكان وجـود كل من المتعـاقدين عن مكان الاخر الا ان تعاقـدهما يتم فى اطار وحدة زمنيـة، حيث يتم تبادل الايجاب والقبـول بطريقة فورية، كما لو كان المتعـاقدان حاضرين، حيث تجمعهما وحدة الزمان، وإن فرق بينهما اختلاف المكان. غير ان اختلاف

المكان لن يقيم فـارقا بين التعـاقد بطريق التليفـون (أى مجلس العقـد حكما) والتـعاقد بين حـاضرين (مـجلس العـقد حقـيقـة)، ذلك ان مكان العقـد في الحالتين واحد وهو مـكان وجود الموجب، حيث ان القبول (وهـو الذى ينعقد به العـقـد) ينتج اثره بـوصوله الى علم من وجـه اليـه[١] حـيث وُجـد، وهو الموجب. وحصيلة ذلك ان التعـاقد بطريق التليفون تنطبق عليه قواعـد التعاقد بين **حاضرين من حيث تحديد زمان انعقاد العقد،** حيث لا يوجد فاصل زمنى. وينطبق عليـه فى شـأن مكان الانعقـاد قـاعدة المكان الذى يـعلم فيـه الموجب بالقبول (وهي ذات الـقاعدة التى طبقهـا المشرع المصرى فى حالة التـعاقد بين غائبين).

أما فى الحالة الثانية وهى حـالة التعاقد بين غائبين[٢] فقد كان الامر مثارا للخـلاف قبل صـدور القـانون المدنى الحالى، وتعـددت فى شـأنه النظريات. **فذهبت نظرية** إلى القول بأن العبرة فى انعقاد العـقد هى بإعلان القبول، فمتى أعلن من توجه إليـه الإيجاب عن قبوله فإن العـقد ينعقد بإعـلان هذا القبول، والذى به تلتقى إرادته بإرادة الموجب وتتطابق مـعها. وذهبت **نظرية أخرى** إلى أن العبرة هى بتصدير القبـول إذ لا يكفى إعلان القبول، لأن مجرد الإعلان لا يجعل منه قبـولاً نهائياً مادام حبـيساً فى حوزة صاحـبه. لذلك يجب، ويكفى تصـدير القبـول، فبـمجـرد هذا التـصدير بارسـال الخطاب الذى يحتـويه، أو تسليمه لرسول ذهب ليبلغه للموجب، أو تسليم البرقية إلى موظف البرق. إذا تم مثل هذا التصدير يعتبر الإعلان عن القـبول نهائياً لا رجعة فيه. **أما المذهب الثالث** فيرى أن العبـرة فى انعقاد العقد هى بتسليم القبـول للمرسل إليه. ففى

---

(١) راجع ما سبق.

(٢) أى بين شخصين يجمعهما مجلس عقد لا حقيقة ولا حكما، كالتعاقد بالمراسلة.

هذا الوقت فقط ينعقد العقد، سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم، لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم. أما **المذهب الرابع** والأخير فهو مذهب العلم بالقبول. ومعناه أن العقد ينعقد بالعلم بالقبول، فبغير هذا العلم لا ينتج تعبير القبول أثره القانونى. ويضيف هذا المذهب أن وصول القبول إلى من وجه إليه يعتبر قرينة على العلم إلى أن يثبت صاحب المصلحة العكس. **أما القانون المدنى المصرى الحالى** فقد أخذ بمذهب العلم بالقبول. وأنهى بذلك الخلاف الذى كان قائماً فى ظل القانون المدنى القديم. وقد نصت على هذا المبدأ المادة ٩٧ من القانون المدنى بقولها :

"(١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك.

"(٢) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

ويلاحظ، من ناحية، أن النص السابق قد اعتد فى تحديد مكان وزمان التعاقد بين الغائبين بإرادة أطراف التعاقد أولاً، ان وجدت. فمن حق المتعاقدين أن يحددا زمان ومكان ابرام العقد وفق مصالحهما ووفق ما ينتهى إليه الاتفاق فى هذا الشأن.

ومن ناحية ثانية، فإن ما ورد فى نص المادة ٩٧ مدنى سالفة الذكر يعد تطبيقاً واضحاً لما ورد فى المادة ٩١ مدنى من أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. **ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.**

وبالتالى يعتبر العقد منعقداً بين الغائبين فى الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب، وفى ذات مكان هذا الوصول.

أهمية تحديد مكان وزمان انعقاد العقد :

- من حيث مكان انعقاد العقد :

(١) يتخذ هذا المكـان أهمية في بعض علاقات القـانون الدولى الخاص. فقـد يحدد هذا القـانون جهـة الاختـصاص بنظر النزاع، أو القـانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، وفقاً لقاعدة "مكان انعقاد العقد". ومن ذلك مـا تنص عليـه المادة ١٩ من القـانون المدنى من أن "يسـرى على الالتـزامـات العقـدية قانون الدولة التى يوجـد فيهـا الموطن المشترك للمـتعاقـدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفنـا موطناً سرى قانون الدولة **التى يتم فيها العقد**. هذا مـا لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه". كما تنص المادة ٢٠ مدنى على أن "العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها **لقانون البلد الذى تمت فيه** ويجوز أيضا... إلخ.

وبتطبيق هذه النصوص فـإن البلد الذى يعتبر العقد قـد تم فيه وهو البلد الذى يوجد فيه الموجب ويصل إليه فيه العلـم بالقبول، وذلك تطبيقاً للمادتين ٩١ و٩٧ مدنى.

(٢) قد يـتوقف ارتكاب بعض الجـرائم على قيـام علاقـة تعاقـدية وفـقاً لأحكام القـانون المدنى، بمعنى أن العـقـد المدنى يمثل عنصـراً أسـاسـياً لـقيـام الجريمـة. لذلك يلزم تحديد مكان ابرام العـقد لتـحديد مكان ارتكاب الجـريمة، فإذا مـا تحدد مكان ارتكاب الجـريمة على هذا النحو، تحـدد معـه الاختـصاص القضـائى بالنظر فى الجريمة. فلو أن شـخصـاً كان أميناً على مـال معين، فـقام بتبديده، وكـانت وسيلة التبديد هى عـقد البيع، باعتـباره أداة ارتكاب الجريمة، فإن من اللازم تحـديد البلد الذى تم فيـه البيع باعتـباره البلد الذى وقعت فـيه

الجريمة، وبالتالى الذى ينعقد الاختصاص لقضائه للنظر فيها. ووفقاً للقانون المصرى يكون عقد البيع، وبالتالى، جريمة التبديد، قد وقعت فى البلد الذى يوجد فيه الموجب ووصله فيه العلم بالقبول. أما إذا حدث الأمر فى دولة أخرى فيجب أن نحدد الأمر وفقاً للمذهب الذى تأخذ به فى شأن مكان انعقاد العقد.

- **أما من حيث زمان الانعقاد** : فإن الأمر يتخذ أهمية من عدة وجوه :

١ - **تحمل تبعة الهلاك** : تثور مسألة تحمل تبعة الهلاك فى العقود، فى صدد بيع الأشياء المعينة بالذات، وفى القانون الفرنسى تقع تبعة الهلاك على المالك. لذلك يلزم تحديد وقت انعاقد العقد، ففى هذا الوقت تنتقل الملكية فى المنقولات المعينة بالذات (الأشياء القيمية) إلى المشترى. لأن القاعدة هى إنتقال الملكية فى هذه الأشياء فور التعاقد، حتى ولو لم يكن هناك تسليم من البائع إلى المشترى. أما فى القانون المصرى فتنتفى هذه الأهمية نظراً لأن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم لا بانتقال الملكية عملاً بالمادة ٤٣٧ مدنى، والتى تنص على أنه "إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع".

٢- **ثمر المبيع ونماؤه** : تنص المادة ٤٥٨/ ٢ مدنى على أن "للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تماما البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. وهو ما يعطى أهمية لتحديد وقت تمام العقد فى ضوء المذهب الذى أخذ به القانون.

٣ - **العدول عن التعبير عن الإرادة** : إذ أن العدول ينتج أثره وفقاً للمذهب الذى تبناه المشرع. فإذا عدل الموجب وأبلغ عدوله لمن وجه إليه قبل

علم هذا الموجب بالقبول فإن العقد لا ينعقد وفقاً للقانون المصرى.

٤ - **تطبيق القانون الجديد من حيث الزمان** : ذلك أن بعض القوانين التى تصدر بتنظيم مراكز عقدية معينة قد تنص على عدم سريان القانون الجديد على المراكز العقدية التى نشأت بالفعل قبل صدور القانون الجديد، وفى هذه الحالة يكون تطبيق هذه القاعدة منوط بتحديد وقت تمام التعاقد، وهل تم قبل صدور القانون الجديد فلا يطبق عليه أم تم بعد ذلك فيخضع له.

٥ - **الإفلاس** : يكتسب وقت تمام العقد أهمية خاصة بالنسبة لنظام الإفلاس فى القانون التجارى، ذلك أن هذا القانون يحدد مصير العقد وفقاً لموقع تاريخ ابرامه من مراحل الإفلاس المختلفة، وهل تم التعاقد فى فترة الريبة أو قبل ذلك، أو بعد شهر الإفلاس.. إلخ.

٦ - **دعوى عدم نفاذ التصرفات** : وهى الدعوى التى يرفعها الدائن طالباً الحكم له بعدم نفاذ تصرفات مدينه (الضارة) التى تؤدى إلى اعساره أو زيادة إعساره وبشروط محددة، منها أن يكون تاريخ التصرف الضار بالدائن لاحقاً على تاريخ نشأة حق الدائن.

٧ - **الأهلية** : يلعب تاريخ ابرام العقد دوراً فى تحديد بطلانه أو قابليته للبطلان وفقاً لحالة أهلية أحد المتعاقدين عند تمام ابرام العقد. فقد يكون الشخص ناقص الأهلية عند التعبير عن إرادته، وكامل الأهلية عند أنتاج هذا التعبير لأثره القانونى. وقد يحدث العكس أى أن يكون الشخص كامل الأهلية عند التعبير عن الإرادة، ثم يصبح ناقص الأهلية أو عديمها عند انتاج التعبير لأثره (وصوله إلى علم من وجه إليه). فما هو الحل فى مثل الفرضين السابقين.

تتميز هذه المشكلة بأنه لا يمكن فى رأينا أن نطبق عليها معيار وقت انعقاد العقد بطريقة جامدة.

ففى الفرض الأول إذا صدر التعبير من شخص عديم الأهلية أو ناقصها فلن يصحح بطلانه، أو قابليته للبطلان، أن يزول سبب انعدام الأهلية أو نقصها قبل وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه، ذلك أن التعبير قد صدر مشوباً بعيبه ابتداء. والعيب الملازم له هو عيب ذاتى قائم على مقتضى انعدام الإدراك أو التمييز أو نقصه، عند صدور التعبير لا عند وصوله إلى من وجه إليه.

أما فى الفرض الثانى، وهو حالة صدور التعبير عن الإرادة من شخص كامل الأهلية، ثم طرأ ما يؤدى إلى انعدام الأهلية أو نقصها فإن هذا العارض لا يمنع من انعقاد العقد بوصول التعبير إلى علم من وجه إليه، وهو ما أخذت به المادة ٩٢ مدنى حيث قررت أن الموت أو فقد الأهلية لا يؤثرا على التعبير عن الإرادة الصادر قبل حدوث أى منهما ولا يمنعا بالتالى من انتاجه لأثره (ما لم يتبين العكس من التعبير أو من ظروف المعاملة)[1].

٨ - وأخيراً فإن المواعيد القانونية التى تتحدد من وقت ابرام العقد، يكون الرجوع فى شأنها بدئها إلى النظرية التى يتبناها القانون فى شأن تمام التعاقد، كما هو الحال فى مواعيد التقادم بالنسبة للالتزامات العقدية.

---

(١) راجع ما سبق فى صدد الموت وفقد الأهلية وأثرهما على التعبير عن الإرادة.

المطلب الثـالث

التراضى التمهيدى للتعاقد

(الوعد بالتعاقد - العربون)

قد يسـبق التـعاقد فى صورته النهـائية الجـازمة صـورة مـن الرضـا، أو التراضى التمهيدى، وهذا التراضى التمهيدى قد ينتهى إلى التعاقد النهائى، وقد لا ينتـهى إلى ذلك. ويعتبر الوعـد بالتعاقد والوعـد بالتفضيل، والتـعاقد بطريق العربون، هى أهم صور هذا النوع. ونعرض لكل منها فيما يلى :

المقصد الأول

الوعد بالتعاقد

يعتبر الوعـد بالتعاقد أسلوباً عملياً لتحـقيق قدر من الارتباط بين طرفين تمهيـداً لإبرام عقد فى المستـقبل. هذا وقد يكون هذا الوعد من جـانب واحد، وهو الأكثر شيـوعاً من الناحية العملية، وقد يكون وعـداً متبادلاً من الطرفين. ويحقق الوعـد بالتعاقـد مصلحة عمليـة واضحة فى كـثير من الحالات، فـقد تتوافر لدى شخص مـصلحة فى إبرام صفقة ولكنه لا يكون مستـعداً لإتمامها فـوراً لظروف خاصـة به، أو لنقص فى المعلومـات والمسـتندات التى لابد من استكمـالها أولاً، فـيحصل من الطرف الآخـر على وعد بالتـعاقد خـلال مدة معـينة. فـقد يعـد البنك أحد عـملائه بإقـراضه مـبلغاً من المال عندمـا يرغب العميل فى الاقـتراض. وقد يعد شخص آخـر بأن يبيعه أرضه إذا احتـاج اليها خلال مدة معـينة. وقد يكون الوعد بالشراء كمن يؤجـر أرضاً لجاره ويحصل من المستأجر على وعد بالشراء فى نهاية مدة الإيجار.

والأمثلة السابقة هى صور للوعد **الملزم لجانب** واحد، غير أن الوعد قد يكون فى حالات أخرى، **ملزماً للجانبين**، حيث يلتزم كل منهما فى مواجهة الآخر بإبرام العقد النهائى خلال أجل محدد. ويتحقق هذا الفرض فى حالات تقوم فيها موانع مشتركة دون إبرام العقد فى الحال. كأن يتعلق الأمر ببيع عقار مملوك لناقص الأهلية ويحتاج إنجازه للحصول على إذن من المحكمة وفقاً لقانون الولاية على المال. ويسمى بعض الفقه هذا الوعد المتبادل «الاتفاق الابتدائى».

ونعرض فيما يلى لصورتى الوعد المذكورتين :

أولاً : الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد :

يعتبر الوعد بالتعاقد عقداً بالمعنى الصحيح، فهو اتفاق، بين شخصين يتميز بمضمون خاص، فهو مجرد وعد، ويقصد إلى تحقيق غاية محددة هى التمهيد لإبرام العقد النهائى وتسهيل اتمامه. ويترتب على هذا المعنى أن الوعد بالتعاقد يحدد مقومات الإيجاب الكامل من الناحية القانونية على أن ينعقد العقد النهائى الجازم فى وقت لاحق - خلال مدة الوعد - عندما يتصل بالإيجاب القبول المطابق له.

ويتميز الوعد بالتعاقد من جانب واحد، على النحو المذكور، عن كل من المفاوضات والعقد النهائى :

- **فهو يتميز عن مرحلة المفاوضات :** فالموعود له يتمتع بمجرد انعقاد الوعد بحق احتمالى فى مواجهة الطرف الآخر، والاحتمال فيه متوقف على رغبته التى يبديها خلال الأجل المحدد فى الوعد، هذه الرغبة التى تتخذ صورة قبول ينهى مسألة الانتظار ويتم بها التعاقد.

ويختلف الوعد على هذا النحو من المفاوضات، فى أن المفاوضات لا تلزم أى من طرفيها بشئ، إذ يجوز لأى منهما أن يقطعها ولا يستمر فيها وفقاً لمصالحه، ولا يرد على هذه الحرية من قيد سوى القيد العام فى عدم التعسف كما سبق أن أشرنا. أما الوعد فهو عقد بالمعني الكامل، وهو ملزم قانوناً للواعد بالبقاء على وعده، أى أن التزام الواعد هو التزام عقدى كامل وصحيح. لذلك يختلف الوعد أيضاً عن الإيجاب الملزم، لأن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المدة المحددة أو المدة المعقولة، هو التزام فرضه نص القانون فى المادة ٩٣ من القانون المدنى. وهو ليس التزاماً تعاقدياً حيث لم يبرم العقد بعد. أما التزام الواعد فهو التزام عقدى، كما أشرنا، ويجب أن ينفذ بصفته التزاماً عقدياً. ويترتب على ذلك أنه عندما يوجد وعد بالتعاقد من شخص لصالح آخر دون أن يتضمن الوعد تحديد أجل لإبداء الرغبة، فإن الواعد لا يستطيع أن يتخلص من التزامه بالوعد إلا بعد إعذار الموعود له بالقبول خلال فترة يحددها له، فى حين أن الإيجاب الذى لم تصاحبه مدة محددة يجوز لصاحبه أن يرجع فيه فى أى وقت، قبل أن يصادفه القبول، ودون حاجة إلى إعذار مسبق، غاية الأمر أن عدول الموجب قبل انتظار مضى المدة المعقولة قد يرتب مسئولية[١] عن تعويض الأضرار التى تلحق بالطرف الآخر، إذا ثبت للقاضى أن ثمة رعونة أو عدم احتياط قد صاحبت الرجوع عن الإيجاب[٢].

ويترتب على اعتبار الوعد عقداً بالمعنى الصحيح أن تقدير أهلية

---

(١) نقض اجتماعى فرنسى ٢٢ مارس ١٩٧٢ دالوز ١٩٧٢ - ص ٤٦٨.

(٢) ويراعى القاضى وفق سلطته التقديرية هذه المسألة مستعيناً بالعرف والعادات المهنية واحتمالات التغير السريع فى الأسعار والتى قد تفرض رداً سريعاً فى بعض الحالات.

الشخص لابرامه تقـدر عند الاتفاق عليه، ولا يؤثر فقد الأهلية أو انـعدامها - واللاحقين على إبرام الوعد - على صـحة انعقاد العقد عندمـا يصادف قبولا صحيـحاً ومطابقا من الموعود له، خاصـة فى ضوء حكم المادة ٩٢ من القانون المدنى.

ويتميز الوعد أيضاً عن العقد النهائى : ذلك أن هناك عناصر مختلفة تمايز بين العقـدين: عقد الوعد والعـقد النهائى الموعـود بإبرامه. **فمن ناحـية أولى،** يتمـيز الوعد بالتـعاقد بوجـود خيار اظهـار الرغبة الممنوح للمـوعود له. وهو خيار ينتهى باستخدامه من جانب المستفيد به وهو ما يعطى ذاتية لاتفاق الوعد بالتعاقد.

ومن ناحية **ثانية،** يقوم بين العقدين اختلاف هام فى صدد سبب الالتزام، فالـتزام الواعد يـجد سببه فى التـزام الموعود له بتـعويضـه عن فتـرة الانتظار والجمـود إذا انتـهى الأمر - رغم هذا الانتظار - بعـدم ابداء الرغبـة فى إبرام العقد النهائى. وهو ما يختلف بالضـرورة عن مفهوم السبب فى التزام كل من المتعاقدين فى العقد النهائى.

ومن ناحية **ثالثة،** فإن الوعد بالتـعاقد ليس اتفاقاً مـعلقاً على شرط واقف هو ابداء الرغبة بـالقبول. فحقـيقة الأمر أن الوعد بالتـعاقد هو اتفاق مـحتمل يتضمن التزاماً بالبقاء على الوعد، ومـا يتضمنه من إيجاب، المدة المتفق عليها. ويترتب على ذلك اخـتلاف أثر ابداء الرغبـة فى الوعد بالتعاقـد من أثر تحقق الشرط الواقف حيث يوجد. ففى حالة ابداء رغبـة الموعود له فى التعاقد ينعقد العقد النهائـى دون حاجة إلى رضاء جديد من الواعد، أى أن التعـاقد النهائى

يتم دون أى أثر رجعى، أما فى حالة الشرط الواقف فان تحققه ينتج أثراً رجعياً. وينبنى على هذا التحديد أهمية واضحة فى بعض الفروض إذ أن تحديد وقت التعاقد بوقت اظهار الرغبة - دون أى أثر رجعى - تحدد مصير العقد فى حالة الإفلاس وذلك نتيجة تسكين موقعه من فترات الإفلاس المختلفة. كما أنه في الحالات التى قد يسمح فيها القانون بإثارة موضوع الغبن فى التعاقد فإن تقدير هذا الغبن يرجع فى شأنه إلى وقت اظهار الرغبة وليس إلى وقت ابرام الوعد. وأخيراً يطبق ذات هذا الحكم عند حساب بدء المواعيد القانونية الهامة كميعاد بدء التقادم بالنسبة للالتزامات المنجزة الناشئة عن العقد النهائى.

ثانياً : الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين :

وهو الوعد المتبادل، كأن يعد شخص ببيع شئ معين لشخص يقدم بدوره وعداً بالشراء. وبدءً من هذا المفهوم يتحقق اختلاف مبدئى عن حالة الوعد الملزم لجانب واحد. ولذلك فقد أطلق البعض على الوعد المتبادل اسم "الاتفاق الابتدائى" بمعنى أنه عقد بالمعنى الفنى، حيث اتفقت فى انعقاده ارادتى كل من الطرفين. وهو عقد ابتدائى، بمعنى أنه اتفاق تمهيدى للعقد النهائى. وقد أثار هذا المفهوم السابق الجدل حول تكييف الوعد المتبادل - باعتباره عقداً تمهيدياً - فى بعض الفروض العملية. ومن هذه الفروض حالة التعاقد على بيع وحدة سكنية سوف يتم بناؤها مستقبلاً، فهل يعتبر مثل هذا التعاقد وعداً بالبيع، أم أنه بيع نهائى. وقد أثيرت هذه المسألة فى فرنسا خاصة بعد صدور قانون سنة ١٩٦٧ بتنظيم بيع الوحدات تحت الإنشاء. وقد

عرضت على محكمة النقض الفرنسية[١] فقررت الدائرة المدنية بها أن هذا العقد هو "عقد من نوع خاص" يتضمن التزامات تبادلية على عاتق أطرافه، ولذلك فهو ليس مجرد وعد بالتعاقد. أما إذا ورد التعاقد على وحدة فى عقار مبنى بالفعل فإنه قد يتضمن وعداً بالتعاقد وقد يتضمن بيعاً نهائياً، والأمر متوقف على تفسير بنود العقد ونية أطرافه.

وقد أثار بعض الفقه جدلاً حول تكييف الوعد المتبادل بالتعاقد، إذ ذهب البعض أن الوعد المتبادل هو فى حقيقته تعاقد كامل غير منقوص. ومع ذلك فاننا لا نستطيع أن نصل، مع هذا الرأى، إلى تلك النتيجة دائماً. ففى بعض الحالات قد يكون الوعد المتبادل تعاقداً نهائياً، ولكن المتعاقدين أسبغا عليه وصفاً خاطئاً. وفى هذه الحالة يُنزل القاضى على العملية القانونية وصفها الصحيح. ولكن هناك حالات أخرى كثيرة يتعذر القول بأن التعاقد قد تم بصفة نهائية، فقد يتفق طرفان على إبرام بيع ولكنهما يعلقا نهائية التعاقد على الحصول على موافقة جهة ادارية مثلاً. وفى هذه الحالة على القاضى أن يفحص العملية العقدية، وأن يمحص شروط العقد، وأن يستجلى النية المشتركة للمتعاقدين، وصولاً إلى التكييف الصحيح. وقد ينتهى القاضى من فحصه إلى أن التعاقد نهائى، أو إلى أنه مجرد وعد متبادل، أو أنه تعاقد معلق على شروط، أو مضاف إلى أجل.

---

(١) نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٧٥ دالوز ١٩٧٦، ص ٩٧، والتعليق، مع ملاحظة أن هذا الحل هو من منظور القانون الفرنسى المشار إليه فى المتن والصادر سنة ١٩٦٧.

شروط انعقاد الوعد بالتعاقد فى القانون المصرى:

لكى يصح الوعد بالتعاقد لابد من توافر عدة شروط. وقد عرض القانون المدنى لهذه الشروط فى المادة ١٠١ منه، حيث أورد شرط ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية، وتحديد المدة التى يتم فيها العقد الموعود به، وشرط استيفاء الشكل المطلوب فى العقد الموعود به فى اتفاق الوعد ذاته، ويضاف إلى هذين الشرطين تحديد ثالث يتعلق بالأهلية وعيوب الإرادة.

الشرط الأول : ضرورة تعيين المسائل الجوهرية والمدة :

فقد نصت المادة ١٠١/ ١ مدنى فى فقرتها الأولى على أن الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التى يجب إبرامه فيها وترجع أهمية هذا الشرط إلى أن الوعد بالتعاقد ما هو إلا عقد تمهيدى للعقد المقصود ابرامه، فيجب أن تتحدد فيه عناصر التعاقد الجوهرية، بحيث ينعقد العقد النهائى فور اظهار الرغبة من جانب المستفيد من الوعد، أو فور انقضاء الأجل المضروب للتعاقد.

وبالنسبة للمدة فإن تحديدها أمر لازم أيضاً إذ لا يجيز المشرع المصرى أن يظل الأمر معلقاً إلى ما لا نهاية. وقد تتحدد المدة صراحة فى الوعد ذاته، وقد ينص فيه على أنها المدة المعقولة، وفى هذه الحالة الأخيرة يتكفل القاضى بتحديدها من خلال ظروف التعاقد وملابساته وطبيعة المعاملة.

الشرط الثانى : استيفاء الشكل :

نصت الفقرة الثانية من المادة ١١٠ مدنى على أنه "إذا اشترط القانون

لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد". ومعنى ذلك أن الشكل المطلوب فى العقد الموعود بإبرامه لابد من استيفائه فى الوعد. وبناء عليه فإذا كان العقد الموعود به هبة تعين أن يصب الوعد بها فى ورقة رسمية، وكذلك الحال لو كان العقد الموعود به رهناً رسمياً. وهذا الحكم يستهدف حماية المصلحة التى يتوخاها المشرع من وراء شرط الشكلية، وحتى لا يفلت المتعاقدان من حتميتها عن طريق ابرام وعد غير مستوف الشكل، ينقلب مستقبلاً إلى تعاقد نهائى بإبداء الرغبة. لذلك كان النص السابق مستوجباً ألا ينعقد الوعد بعقد شكلى إلا إذا وضع هذا الوعد فى ذات الشكل المطلوب.

غير أننا نلاحظ فى هذا المقام أن الشكلية قد لا تكون شكلية مطلوبة قانوناً، بل قد تكون شكلية اتفاقية. بمعنى أن يتفق طرفان على أن عقداً معيناً، هو بحكم القانون من العقود الرضائية، لا يتم ابرامه إلا إذا وضع فى شكل معين. وهنا يكون السؤال حول ما إذا كان من اللازم فى هذا الفرض أن يكون الوعد بإبرام هذا العقد شكلياً أيضاً؟ لا نعتقد فى ذلك، فالشكلية التى يتطلبها القانون تختلف عن الشكلية التى يقتضيها الطرفان. فالأولى لها أهداف متعددة تتجاوز عادة مجرد المصالح الخاصة للطرفين. أما الثانية - الشكلية بناء على الاتفاق - فهى شكلية أرادها طرفا العقد فحسب. لذلك نعتقد أو الوعد بعقد شكلى بالاتفاق (وليس شكلياً بحكم القانون) لا يشترط فيه الشكل المطلوب فى العقد الموعود به.

وأخيراً فإن الشكلية المشار إليها فى هذا الشرط الثانى ليست ملزمة عندما يفرض القانون شكلية لمجرد الإثبات.

أما بالنسبة لجزاء عدم اتباع الشكل فى الوعد بالتعاقد فإننا نعتقد أنه ذات الجزاء الذى يرتبه القانون على عدم اتباع الشكل فى العقد الموعود به، وهو أن الوعد، شأنه شأن العقد النهائى، لا تقوم له قائمة.

الشرط الثالث : الأهلية وعيوب الإرادة :

يتعين أن تتوافر فى إبرام الوعد بالتعاقد ذات الشروط المطلوبة فى العقد الموعود به، فالوعد يؤدى منذ إظهار الرغبة، تلقائياً، إلى إبرام العقد المقصود. وكذلك الحال عند حلول الأجل فى الوعد الملزم للجانبين.

ولكن يلاحظ أنه فى الوعد الملزم لجانب واحد يتعين أن تتوافر أهلية التعاقد النهائى فى الواعد عند إبرام الوعد[1]. فإذا توافرت صح تعبيره عن إرادته حتى ولو فقد أهليته كلياً أو جزئياً فى وقت لاحق يسبق تمام العقد النهائى. وقد سبق أن أشرنا إلى هذا المعنى فى أكثر من موضع. أما الموعود له فيتعين أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة عند اظهار الرغبة، أى، وقت أن يعبر عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية.

أما فى العقد الملزم للجانبين فيجب أن تتوافر أهلية التعاقد فى الطرفين عند ابرام الوعد، أى أن يكون كل منهما فى هذا الوقت أهلاً للتعاقد النهائى. ولا أثر لما قد يطرأ على هذه الأهلية فى أى وقت لاحق.

وبالنسبة لعيوب الإرادة (الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال) فيتقرر أمرها وقت إبرام الوعد وفى وقت انعقاد العقد النهائى معاً، وبالنسبة لكل من الطرفين[2].

---

(١) أما الموعود له فلا يشترط فيه فى هذا الوقت سوى أهلية التمييز باعتباره طرفاً فى عقد الوعد.

(٢) بالنسبة للمحل والسبب يكفى فى شأن مشروعيتهما وقت التعاقد النهائى سواء كان وعداً ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين.

آثار الوعد بالتعاقد:

تتحدد آثار الوعد بالتعاقد على مدار مرحلتين مختلفتين ولكنهما متعاقبتين بالضرورة. وهما مرحلة الوعد، أى ما قبل ابداء الرغبة أو حلول الأجل، ومرحلة حلول الأجل أو اظهار الرغبة أى التعاقد النهائى.

- **وفى المرحلة الأولى : أى مرحلة الوعد،** وهى التى تسبق، كما أشرنا، ابداء الرغبة من جانب الموعود له أو حلول الأجل المضروب للتعاقد النهائى. وفى هذه المرحلة تنشأ عن الوعد حقوق شخصية، أى التزام على عاتق الواعد فى الوعد الملزم لجانب واحد، والتزامات متبادلة على عاتق الطرفين فى الوعد المتبادل. ومعنى أن الوعد لا يُنشئ سوى التزامات شخصية، أنه، فى مرحلته الأولى، لا يرتب أى أثر عينى من الآثار التى قد تترتب على انعقاد العقد النهائى فى بعض الحالات. فإذا كان الوعد عن بيع لأشياء منقولة بالذات، فإن ملكية هذه الأشياء تظل، فى مرحلة الوعد، مملوكة للواعد وحده. كذلك يتحمل الواعد تبعة هلاك الشئ الموعود ببيعه، حيث لم يتم تعاقد نهائى ولم يتم تسليم. كما لا يتحمل الواعد أى ضمان قبل الموعود له فى حالة هلاك الشئ الموعود به بسبب أجنبى لا يد له فيه.

- **أما فى المرحلة اللاحقة على حلول الأجل أو اظهار الرغبة :**

فإن حلول الأجل يؤدى، فى الوعد الملزم للجانبين، إلى ابرام العقد النهائى، وكذلك الحال عندما يظهر الموعود له رغبته فى الوعد الملزم لجانب واحد. وفى هذه الحالة الأخيرة لا ينتج إظهار الرغبة، المشار إليه، أثره إلا إذا حدث خلال المدة المتفق عليها. أما إذا انقضت هذه المدة دون إفصاح فإن

الوعد يسقط بصفة نهائية. وإظهار الرغبة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً. ومن قبيل إظهار الرغبة بطريقة ضمنية أن يقوم الموعود له بالتصرف فى الشئ الموعود به بالبيع، أو بهبته، أو بالمقايضة عليه، أو حتى باستهلاكه إياه إذا كان قابلاً لذلك.

غير أن ابرام العقد الموعود به قد يقتضى فى بعض الحالات تدخلاً شخصياً من جانب الواعد، ففى البيع العقارى يتعين القيام باجراءات التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشترى. وفى مثل هذا الغرض قد يمتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب. وفى هذه الحالة يمكن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم يقوم مقام الاجراء المطلوب. وقد نصت المادة ١٠٢ مدنى على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد".

المقصد الثـــانى

الوعد بالتفضيل

الوعد بالتفضيل هو اتفاق بين شـخصين على أن يبرم احدهما مع الاخر عقـدا محـددا بالافضلية عـلى غيره بذات الشـروط التى يعرضـها الغـير، مع احتفاظ الواعد بحقه فى تقدير الايجاب الذي يتقدم به الغير[1].

وهذا الوعد بالتفضيل يتحقق عـادة فى عقود البيع، ولكنه ليس مقصوراً عليها اذ يتصور بالنسـبة لاى عقد آخر، ففي عقد الايجار مـثلا قد يعد المؤجر المستـأجر بأن يعطى له الافضلـية فى شراد العين المؤجـرة عند بيعهـا. والواعد بالتفـضيل انما يلتـزم قِبَلَ الموعـود له بارادته، فهـو يجرى عـملا قانـونيا اراديا يقصد به احداث اثر قانونى وهو الالتزام بـالتفضيل. ويتم عادة فى اطار اتفاق بين الواعد والموعود له، ولكـنه متصور بأرادة منفردة، كـما لو أوصى شخص بالافضلية لشخص معين.

ويذهب اتجاه في الفـقه والقضاء الفـرنسيين الى ان الوعد بالتفـضيل هو احدى صـور الوعد بالتعـاقد من جانب واحد. فـهو - في صدد البـيع- وعد بالبـيع من جانب الواعـد، مـعلق على شرط اتخـاذ قـرار البيع بالشـروط التى يقبلها الواعـد، غير ان هذا التحليل قد صادف انتقـادا من ناحيتين: الأولي ان هذا القول بتـعليق التعاقد على شـرط، معناه انه اذا تحقق الشرط ارتد التـعاقد بحكم الاثر الرجـعى للشرط الى الماضى. وهو غـير صـحيح فى حالـة الوعد

---

(١) راجع : سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

بالتفضيل. الامر الثانى ان شرط اتخاذ قرار بالبيع هو امر متوط بارادة الواعد وحده، أو بالتالى، فهذه الارادة لا تصلح شرطا بالمعنى المقصود فى اوصاف الالتزام، لانها ركن لا يوجد الالتزام اصلا بغير وجودها. وأخيرا فان الوعد بالتفضيل يختلف جوهريا عن الوعد بالتعاقد. فالاول لا يتحدد بقاءه قائما بمدة معينة، في حين أن الثانى لابد ان يكون لمدة محددة أو للمدة المعقولة. ومن ناحية اخرى فان اظهار الرغبة من جانب الموعود له، فى الوعد بالتعاقد، ينعقد به العقد النهائى للموعود به، أما في حالة الوعد بالتفضيل، فان الامر منوط بارادة الواعد اذا ما قرر اجراء التصرف القانونى الموعود بتفضيل الطرف الاخر فى شأنه. ويلاحظ، في مقام الوعد بالتفضيل، مقارنا بالوعد بالتعاقد، ان الواعد بالتفضيل اذا لم يفى بوعده يعتبر مخلا بالتزامه. وفى هذه الجزئية الأخيرة يستحق الموعود له التعويض المناسب، عن الاخلال المذكور، عما لحق به من خسارة وما فاته من كسب.

وقد ذهبت بعض الاحكام في فرنسا الى القول بأن اخلال الواعد بوعده بالتفضيل يستتبع تعويض الموعود له، وان هذا التعويض قد يكون عينيا باحلال الموعود له محل الغير الذي تعاقد مع الواعد، وابطال عقد هذا الغير بالتالى. غير ان هذا الجزاء المتشدد مشروط بتوافر الغش من جانب الواعد ومن تعاقد معه بالمخالفة للوعد فى التفضيل، فضلا عن علم هذا الغير بان الموعود له قد ابدى رغبته متمسكا بالافضلية (نقض مدنى فرنسى ١٥ ديسمبر ١٩٦٥ دالوز ١٩٦٦ - ص ٢٤٨ و ٢٦ اكتوبر عام ١٩٨٢ جازيت دى باليه ١٩٨٣ ص ٦٦١. ونقض تجارى فرنسى ٧ مارس سنة ١٩٨٩ في الاسبوع القانونى ١٩٨٩-٢- ١٣١٦).

أما فى القانون المصرى، فان الاتجاهات العـامة للقضاء المصرى لا تسمح بمثل هذا التعـويض العينى بالصورة السالف ذكـرها، ويقتصر الامـر في حالة الاخلال بالوعد بالتفضيل بالتالى على التعويض النقدى عن الخسارة المتحققة والكسب الفائت.

المقصد الثالث

العربون

قد يبدأ طرفا التعاقد خطواتهما الأولى والتمهيدية باتفاق يتضمن دفع عربون يؤكد الارتباط التمهيدى بينهما على نحو جاد. وهو ما يحدث فى بعض العقود خاصة البيع. ومعنى العربون : دفع مبلغ من النقود من جانب أحد الطرفين للآخر مقدماً دلالة على جدية التعاقد واستبعاداً، إلى حد ما، لاحتمال العدول عن الاتفاق. غير أن للعربون معنى آخر قد يتوافر فى بعض الحالات وهو معنى الحق فى العدول مع تحمل تبعة ذلك بفقدان العربون المدفوع واعتباره حقاً للطرف الآخر[1].

وعلى هذا النحو يعبر العربون عن إحدى دلالتين : **الأولى** : هى دلالة التوكيد، أى دلالة أن التعاقد هو تعاقد بات لا رجعة فيه، **والثانية** : هى دلالة العدول، أى أن من حق أى من الطرفين أن يعدل عن اتمام العقد على أن يتحمل مغبة هذا العدول متمثلة فى خسارة قيمة العربون.

وفى الحالة الأولى يعتبر العربون جزءاً مقدماً من الثمن، أى يعد قسطاً معجلاً. وقد يعبر الطرفان صراحة عن هذا المعنى فى الاتفاق المبرم بينهما. وفى هذه الحالة لا مجال لتفسير آخر. وقد يخطئ الطرفان فى التعبير، دون أن يفصحا بعبارات واضحة عن قصدهما من التعاقد بطريق العربون. وفى هذه الحالة على القاضى أن يعطى للاتفاق تكييفه الصحيح وفقاً للظروف العقدية والنية المشتركة للطرفين. والقاضى فى هذا العمل قد ينتهى إلى إحدى الدلالتين دون الأخرى.

---

(١) راجع : عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٤٠.

أما المشرع المصرى فقد اتخذ موقفاً، فى المادة ١٠٣ مدنى حيث نص على أن "١ - دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه. إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" ٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر". ومعنى ذلك أن المشرع المصرى ترك للأطراف أن يسبغا على العربون دلالة نصيبه فى الاتفاق، سواء كانت صريحة أو ضمنية، فإذا استبانت التزام القاضى بها. أما إذا لم يتبين قصد المتعاقدين بطريق صريح أو ضمنى، فإن العربون يعنى، لدى المشرع المصرى، الاحتفاظ بالحق فى العدول لأى من الطرفين مع دفع قيمة العربون للطرف الآخر، فإن عدل عن دفعه، فقده، وإن عدل عن قبضه رده، ورد مثله[1].

(١) راجع بحث الدكتور مصطفى عدوى بعنوان : "العربون دراسة مقارنة"، ١٩٨٩.

المبحث الرابع

صحة التراضي

(١) الاتجاه التقليدى فى سلامة الإرادة من العيوب :

أشرنا فيما سبق إلى أن العقد، وكذلك كل تصرف قانونى، يقوم على الإرادة. تلك الإرادة التى يكمن جوهرها فى جانب معنوى فى ذات الإنسان ونفسه، ويتم التعبير عنها بمظهر مادى ملموس كتابة أو قولاً أو إشارة.. إلخ. والإرادة فى هذا المقام **هى الإرادة** التى يعتد بها القانون هى الإرادة المدركة الواعية، الحرة فى اختيار ما تتجه إليه تحقيقاً للآثار المبتغاة من وراء التصرف. فإذا توافر، للإرادة هذه المقومات كانت إرادة سليمة منتجة من حيث المبدأ للآثار الشرعية المرجوة. ولذلك كان منطقياً أن يتجه القانون إلى تنظيم الحالات التى يعتد فيها بالإرادة كاملة، والحالات التى ينظم فيهات قواعد انعدام الأهلية أو نقصها، وما يترتب على هذه الحالات الأخيرة من أثر على صحة العقد. وقد نظم القانون المدنى بعض هذه الأحكام حين نص فى المادة ١٠٩ منه على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، ثم وضع بعض الأحكام التفصيلية فى المواد التالية مبيناً حكم تصرفات عديم التمييز فى أمواله(١)، وكذلك الصبى المميز ودرجات

---

(١) راجع أيضاً المادة ٤٤ مدنى "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية". وسن الرشد احدى وعشرون سنة"، والمادة ٤٥ مدنى : "١ - لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون". "٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز" م ٤٦ مدنى "كل من يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون، م٤٧ مدنى : "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية والوصاية والقوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون" م٤٨ مدنى: "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها". وراجع : عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٤٦.

التصـرفات من حيث الـنفع والضرر، وحكم تصرفـات من بلغ الثامنة عـشرة وأُذِنَ له فى تسلم أمـواله وادارتها أو تسلـمهـا بحكم القانون. وكـذلك حكم تصرفـات المجنون والمعتوه وذى الغـفلة والسفـيه، ومن تقررت لهم المسـاعدة القـضـائـيـة. كـمـا نظمت نصــوص القـانون المدنى، فى هذا الـنطاق بعض الإجراءات المرتبطة بـكل ذلك، وبينت فى كل حالة الجزاء الـذى يترتب على مخـالفة قـواعد القـانون. وتكتمل الصـورة القانونيـة لهذه المسـائل بالأحكام التفصيلية التى أوردها قانون الولاية على المال. وتعـتبر قواعد وأحكام الأهلية من النظام العام لا يجـوز التعديل فيهـا بمقتضى الاتفاق كـما لا يجوز النزول عنها (م ٤٨ مدنى).

غير أن ما نعرض له تفصيـلاً فى هذا المقام هو سلامة الإرادة من العيوب التى تؤثر فى الرضاء وتخـرج به عن منطقة السلامـة إلى منطقة التَعـيُّبْ. وقد نص القانون المدنى فى المواد ١٢٠ ومـا بعدها على القواعد التـقليدية فى هذا الصدد فتعرض فى المادة ١٢٠ و١٢١ و١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ لأحكام الغلط فى الواقع والغلط فى القانون، كـما تعرض فى المادة ١٢٥ و١٢٦ و١٢٧ لأحكام التـدليس، وفى المادتين ١٢٧ و١٢٨ لأحكام الإكـراه، ورتب على توافر أحـد هذه العيوب الثلاثة جـزاء البطلان النسبى. ثم تعرض المشرع في المادتين ١٢٩ و١٣٠ لعـيب الاسـتــغــلال الذى يؤدى إلى خلل فى الأداءات المـتـقــابلة للمـتعاقـدين ورتب عليه حـق المتعاقـد المغبـون فى طلب إبطال العـقد أو أن ينقص التـزاماته، على أن يراعى فى تطبـيق أحكام الاستـغلال عـدم الإخلال بالأحكام الخاصـة بالغبن فى بعض العقـود أو بسعر الفـائدة (م ١٣٠ مدنى). ويلاحظ مبدئيـاً أن حماية الرضاء وفق هذا الأسلوب التـقليدى الذى أخذ به

القانون المدنى المصرى، نقلاً عن القانون الفرنسى، تستمد جذورها من أحكام القانون الرومانى. ولكن المثير للتأمل أن بناء نظرية عيوب الإرادة لم يكن من منطلق تحليل العنصر الارادى فى التصرف القانونى. ذلك ان القانون الرومانى، وكما هو معروف تاريخيا، كان قانونا شكليا، يعطى الاهتمام للشكليات التى يصب فيها التصرف دون ان يقف بذات قدر الاهتمام أمام موضوعية جوهر الارادة وفحواها. لذلك فان عيب **التدليس وعيب الاكراه** ظهرا في القانون الرومانى تحت اطار ردع الغش والعنف من الناحية الجنائية، دون تحليل مدنى لفكرة الارادة فى ذاتها. فقد اختلق البريتور الرومانى جريمتين لردع هاتين الظاهرتين، ثم تأثر العقد بهما بالتبعية لهذا التطبيق الجنائى، ولكن دون بلورة واضحة لمفهوم عيوب الارادة. وكان من حق المجنى عليه، اذا كان العقد قد نفذ، أن يطلب التعويض المناسب، او ان يرفع دعوى مبتدأة بابطال العقد وازالة ما ترتب على التنفيذ من آثار. أما اذا لم يكن العقد قد تم تنفيذه فان للمجنى عليه دفعا- في عقود حسن النية - يَرُدُّ به طلب التنفيذ المقدم من المتعاقد الآخر.

أما بالنسبة **لعيب الغلط** فكان من الصعب أيضا ان يجد مكانا تحت مظلة الشكلية، الرومانية. ومع ذلك، وتحت شعار العدالة التى بدأت تنمو فى واجهة الشكلية خرج القانون الرومانى عن شكليته، فى عقود حسن النية على نحو خاص، ليفسح مجالا لبعض الاستثناءات التى تعتد بالغلط الجسيم أو الجوهرى Error in substentia على سبيل المثال في عقد البيع. ولكن هذا القانون كان يجعل من العلط، حين يعتد به، سببا ليس للبطلان النسبى ولكن

لبطلان اصلى يقضى على العقد قضاء مطلقا[١] وليس سببا للبطلان النسبى.

غير أن القانون المدنى الفرنسى، وتبعه فى ذلك القانون المصرى، قد وضعا القواعد المنظمة لعيوب الارادة دون شائبة الشكلية الرومانية، فجاءت على النحو التى سطرت به فى هذين القانونين متكاملة، بقدر الامكان.

الاتجاه الحديث فى الرضاء المستنير[٢،٣]:

من أكبر مزايا العلم القانونى أنه يتطور مع تطور المعطيات الاجتماعية والاقتصادية والانسانية، وهو يتطور لكى يواجه كل جديد فى عالم المعاملات، ولكن يسد كل ثغرة تظهر على سطح هذه العلاقات وتتمثل فى وجود خلل بين اطرافها. **ولقد اثبتت التطورات الحديثة أن على القانون أن يحاول دائما الحفاظ على نقطة توازن جوهرية بين مقتضيات الاستقرار ومقتضيات العدالة، وهو فى بحثه عن هذا التوازن يميل احيانا الى جانب مفهوم العدالة حين يدرك رجل القانون ان مقتضى الاستقرار قد تجاوز حدود وظيفته الى حد انزال ظلم بطائفة من طوائف المتعاملين، وأحيانا اخرى يجنح الى جانب مفهوم الاستقرار حين تستبين له الامور فى اتجاه عكسى.** ولقد حاولت نظرية عيوب الارادة بوضعها القائم حاليا، في نصوص القانون

---

(١) راجع، «مونييه»، تاريخ القانون الرومانى، جزء ٢، رقم ٦٣، منصور مصطفى منصور، دور الارادة في تكوين التصرف القانونى، دروس لطلاب الدراسات العليا في القانون الخاص، العام الجامعى ١٩٩١/ ١٩٩٢، ص ٨١ وما بعدها.

(٢) راجع : نزيه المهدى، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢.

(٣) راجع: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

المدنى، ان ترسم مفهوما معينا للتوازن المشار اليه. فمن خلال ضوابط البطلان النسبى يضع المشرع نصب عينيه السعى الى تنفيذ العقود واستقرار ما ينشأ عنها من علاقات بقدر الامكان، محاولا فى ذات الوقت رفع الظلم عن ضحية عيب الارادة فى حدود رآها المشرع عادلة، وفق منظوره فى زمان ومكان ومعطيات الواقع الذى أعد فيه التقنين المدنى.

غير أن ظروف الحياة قد تغيرت فى الوقت الحالى مما دعى الى البحث عن معيار توازن اضافى وأكثر اتساعا لمفهوم العدالة دافعا بحدود مقتضى الاستقرار الى نطاق اكثر ضيقا نسبيا وذلك لمصلحة التوسع فى مفهوم العدالة.

فالفقه التقليدى يضع على عاتق كل متعاقد ان يتحرى بوسائله الخاصة عن ظروف التعاقد والعناصر المؤثرة في اختياره[1]، ولا يلتزم المتعاقد الاخر بأن ينبهه إلى ما يجب عليه معرفته أو الحذر منه. ولكن تطور الظروف الاقتصادية والتقنية أثبتت أن خللا جسيما قد يحدث بين طرفى العلاقة العقدية. فقد تقف عقبات مادية فى طريق استعلام المتعاقد عن ظروف التعاقد بوسائله الخاصة، وقد تحول الشقة من جانب احدهما في الاخر دون هذا الاستعلام على نحو كاف. وأخيرا اثبت التقدم التقنى أن خللا فى المراكز القانونية قد يتوافر بسبب التفاوت فى التخصص والمعلومات حيث يكون أحد الطرفين متخصصا والاخر قليل الخبرة عديم التخصص. وكل هذه المظاهر أظهرت الحاجة الى تطور جديد لمبدأ حسن النية في التعامل وخلق مظاهر

---

(١) راجع : نزيه المهدى، البحث السابق.

جديدة لالتزام بالتعاون بين الطرفين. تعاون اقتضى ظهور التزام جديد نفرضه على المتعاقد الاقوى أو الاكثر احاطة بمعلومات التعاقد..

ومن هنا بدأ الفقه يتحدث عن التزام المتعاقد بتبصير المتعاقد الاخر بمدى ملائمة أو عدم ملاءمة محل العقد للاستعمال المطلوب، وبيان حقيقة هذا المحل، ومدى خطورته، ومحاذير هذه الخطورة عند الاقتضاء[١]. بل تطور الحديث الى التزام بالتبصير يقوم بين المتعاقدين بعد التعاقد وأثناء التنفيذ، كما هو الحال فى بعض عقود الخدمات والاعمال، كعقد الوكالة ومقاولة الخدمات والعقود المتعلقة بأعمال البنوك، والعقد الاستشارى المعمارى، والعقد الطبى... الخ[٢].

تلك كانت الملامح الحديثة لتطور فكرة التعاون وحسن النية بين أطراف العلاقات العقدية. نعود بعد عرضها الى موضوع الدراسة التقليدى وهو عرض عيوب الارادة وفق ما أورده القانون المدنى من قواعد.

(١) سهير منتصر، السابق، ص ٦١و ٦٥ و ٦٨.
(٢) المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها ، ونزيه المهدى، البحث السابق.

المطلب الاول
الغلـــط

الغلط، باعتباره عيبا يصيب الرضاء، هو «وهم كاذب يتولد فى ذهن الشخص فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته»[1]، أو هو تصور أمر ما على خلاف حقيقته، مع عدم ادراك مخالفة التصور للحقيقة»[2]. وهذا التعريف الفقهى لم يقابله تعريف تشريعى. فالقانون المدنى فى المادة ١٢٠ وما بعدها اكتفى بالنص على مواصفات الغلط الذي يعيب الارادة، ومتى يكون جوهريا، وحكم ذلك. وهذا الغلط الذي نعرض له هو، بطبيعة الحال، ذلك الذي يقع عند اجراء التصرف القانونى بصفة عامة، وعند ابرام العقود بوجه خاص. ومن الامثلة الدارجة للغلط أن يقدم شخص على شراء تمثال يعتقده اثريا فاذا به غير ذلك، أو أن يشترى ساعة على أنها ذهبية خالصة فاذا بها مطلية بالذهب فحسب، أو أن يشترى لوحة على اعتقاد انها من صنع فنان مشهور فاذا بها من رسم فنان اخر مغمور. أو أن يهب شخص مالا لاخر على أساس انه قريب قرابة مباشرة ثم يتبين عدم صحة هذا الاعتقاد، أو ان يبيع شخص سهما بقيمته الفعلية، ثم يتبين ان هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة.... الخ. ويتبين من هذه الامثلة الفقهية والقضائية السابقة أن للغلط أنماط متعددة، وأن الامر يعود الى تحليل ارادة المتعاقد وما هى حقيقة ما أدركه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد، ١٩٨٤، رقم ١٤٦.

(٢) منصور مصطفي منصور، السابق، رقم ٣٥، فتحى عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد، ١٩٧٩، ص ١٢٧، وما بعدها.

وما رغب فيه، واتجهت اليه بالتالى عزيمته وارادته ، ثم عبَّر عنه بما يطابق هذا الادراك وتلك الرغبة.

ومن ناحية ثانية يلاحظ أن الغلط لا يقتصر، فى احتمالات حدوثه، على متعاقد دون الاخر. ففى عقد البيع مثلا تذكر الامثلة عادة على ان المشترى قد يقع فى غلط ما. غير ان هذه الصورة، وان كانت هى الغالبة من الناحية العملية، فانها لا تنفى امكان وقوع الغلط من جانب البائع ايضا. ومن تطبيقات ذلك ان يبيع بعض الاشخاص لوحة فنية معتقدين خطأ أنها لوحة عادية، ثم تبين بعد ذلك انها لوحة نادرة لفنان تعود شهرته الى القرن السابع عشر، ويتضح من ملابسات البيع ان المشترى، وجهة متخصصة، يعلم، أو كان فى امكانها ان يعلم، حقيقة اللوحة وحقيقه سعرها الضخم الذى لا يتناسب مع السعر الذي تم به الشراء. فى مثل هذه الحالة يجوز للبائع ان يطلب ابطال العقد للغلط (عرفت هذه القضية تحت اسم قضية Poussin فى فرنسا، راجع فى شأنها تعليق جستان فى J.C.P ١٩٨٨-٢-٢١١٢١).

ومن ناحية أخرى فان اثر نمط من أنماطالغلط على العقد (وهل يؤدى به الى القابلية للبطلان أم لا يؤثر فى صحته) يختلف باختلاف انواع الغلط، كما يختلف باختلاف الفلسفة التى يتبناها النظام القانونى، وهل هى فلسفة تميل الى استقرار العقود أكثر مما تميل الى تحقيق العدالة، أم على العكس ترجح العدالة نسبيا على مقتضى الاستقرار فى التعامل.

ولهذا السبب عرفت فكرة الغلط وأثره على العقود نظريتين هما النظرية

التقليدية والنظرية الحـديثة. ونعرض فيما يـلى للنظرية التقليدية **أولا**، ثم **ثانيا** للنظرية الحديثة، وموقف المشرع المصرى منهما فيما أورده من أحكام.

أولا - النظرية التقليدية فى الغلط :

تعتـمد النظرية التقليـدية على تقسـيم الغلط الى عدة أقسـام: غلط يعدم الرضا كلية وغلط لا يؤثر فى صحة الرضاء، وغلط يعيب الرضاء ويؤدى الى بطلان التصـرف بطلانا نسبـيا لمصلحة من وقع في الـغلط. وفيمـا يلى عرض لتفاصيل هذه الفكرة:

أ - الغلط الذى يعدم الرضا :

وهذا الغلط يسمى أيضا بالغلط المانع لانه يحول دون انعقاد العقد اصلا، ويعـتبـر البعض أنه يؤدى الـى بطلان العقـد بطلانا مطلقـا، ومـن قبـيل هذا الغلط:

(١) الغلط فى ماهية العقد :

كأن يسلم شخص لاخر شيئا على سبيل الوديعة فيأخذه هذا الاخير على سبيل الهبـة، أو ان تتجه ارادة أحد المتعاقـدين الى ابرام بيع فى حين تتجه ارادة الاخر الى ابرام عقـد ايجار. فى مثل هذه الفروض لا ينعقد العـقد اصلا لا بما اتجهت اليه ارادة الاول ولا بما اتجهت اليه ارادة الثانى.

(٢) الغلط فى ذاتية المحل :

ومثالـه أن يملك شخص شيئين مـختلفين فيبـيع أحدهما في حين يعـتقد المتعاقد الثانى أنه يشتـرى الشئ الآخر. كمن يملك منزلين احدهما فى القاهرة والاخـر فى الاسـكندرية. وباع البـائع المنزل الاول في حين انصـرفت ارادة المشتـرى الى شراء المنزل الثانى، او كـمن يملك سيارتين من صنفين مـختلفين فباع احداهمـا لشخص اعتقد انه يشترى الاخـرى وهكذا.. ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد لعدم تطابق الارادتين على المحل موضوع الالتزام[١].

(٣) الغلط فى وجود السبب :

ومثاله أن يودع شخـص شيئا لدى اخر على اساس ان الوديعـة بغير اجر في حين يقـبل الثانى الوديعـة على اساس أنهـا وديعة مـأجورة، أو كـالوارث الذى يتصالح مـع موصى له على اعتقاد ان هناك وصـية صحيـحة ونافذة ،ثم يتبين أن الوصـية باطلة، أو غـير نافذة، أو أن الموصى كـان قد عدل عنهـا قبل الوفاة[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق،رقم ١٤٧.

(٢) سليمان مرقص، الوافى -٢- نظرية العقد، رقم ١٩٣.

ب - الغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد : وفيه لا أثر للغلط على صحة الارادة وبالتالى يبقى العقد صحيحا تماما، وتتمثل تطبيقاته فيما يلى:-

(١) الغلط المادى، ومن أمثلته الغلط فى الحساب، كمن يخطئ فى حساب ثمن الصفقة بعد الاتفاق الصحيح على سعر الوحدة. ففى هذه الحالة يتعين تصحيح الخطأ المادى فحسب، ولا يجوز التمسك بابطال العقد. ويفسر ذلك أن هذا الغلط لم يكن له دور فى تكوين الارادة، بل طرأ بعد هذه المرحلة. وقد نصت على استبعاد هذا النوع من الغلط المادة ١٢٣ مدنى صراحة بقولها «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط»[١].

ويأخذ ذات الحكم السابق الغلط فى النقل أو التفسير، فقد تتكون الارادة صحيحة غير مشوبة بما يفسدها أو يعيبها ولكن عند نقلها الى من وجهت اليه يحدث ما يُحَرِّفُ معناها عن موضعه الصحيح، كما قد يحدث الغلط فى التفسير، فيفهم من وجه اليه الخطاب إرادة المرسل على غير حقيقتها بموجب تفسير من جانبه. والواضح أن هذين النوعين من الغلط لا شأن لأى منهما بتكوين الارادة، لأن كل منهما، بحكم الفرض المعروض، يحدث بعد أن تكون الارادة قد تكونت تكوينا صحيحا، غاية الامر أن غلطا قام بمن تلقي التعبير عن الارادة من جراء خطأ فى النقل أو خطأ فى التفسير[٢].

(٢) الغلط فى شخص المتعاقد الآخر عندما لا تكون شخصيته ذات اعتبار فى التعاقد، كما هو الحال فى عقود البيع بصفة عامة.

---

(١) وراجع : محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ١٩٩٠/ ١٩٩١، رقم ١١.
(٢) راجع : السنهورى، العقد، ١٩٨١، رقم ١٦٥.

(٣) الغلط الذي يقع في وصف الشئ ولا يتعلق بأمر جوهرى كالغلط فى نوع القماش الذي رسمت عليه لوحة زيتية لفنان مشهور.

(٤) الغلط فى الباعث، اذا كان الباعث متصلا بجوهر الشئ أو بشخص له اعتبار في التعاقد. ومثاله أن يشترى شخص دراجة معتقدا أن دراجته قد فقدت.

(٥) الغلط فى القيمة، كمن يبيع سلعة بثمن بخس جاهلا قيمتها الحقيقية.

جـ- الغلط الذى يؤثر فى صحة العقد: وهو يعبر عن المجموعة الثالثة التى يؤثر فيها الغلط على الارادة فيعيبها، ويؤدى بالتالى الى بطلان التصرف بطلانا نسبيا. وتشمل هذه الطائفة.

(١) الغلط فى مادة الشئ المتعاقد عليه ذاتها، كمن يشترى حلية على أنها من الذهب فيتبين أنها من النحاس.

(٢) الغلط الذي يقع فى شخص المتعاقد، حين تكون شخصية هذا الاخير محل اعتبار في العقد بصفة رئيسية، كما هو الحال فى عقود التبرع، وعقد الشركة، وعقد المزارعة.

نقد النظرية التقليدية وظهور النظرية الحديثة:

تعرضت النظرية التقليدية السابق عرضها للنقد في صدد حالتين حصرت فيهما القابلية للبطلان. فبالنسبة للحالة الأولى، لا يصح حصر الابطال فى الغلط فى مادة الشئ، فهناك من الفروض ما يقع الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ دون مادته، ويكون من العدل أن يطبق عليها جزاء البطلان

النسبي. فالصفة الجوهرية، التى تكون محل الاعتبار الرئيسى فى الاقدام على التعاقد على سلعة معينة هى التى يتعين مراعاتها، اذ لولا الاعتقاد فى توافرها لما اقدم صاحب الشأن على التعاقد.

أما بالنسبة للحالة الثانية، فلا يصح أيضا الوقوف عند الغلط فى شخص المتعاقد الاخر، انما يتعين التوسع في المعنى بحيث يمتد الى كل غلط فى صفة، وليس بالضرورة فى شخص هذا المتعاقد طالما كانت تلك الصفة هى الدافعة الى التعاقد. وعلى هذا النحو فان الصفة تكون عادة محلا للاعتبار فى التبرعات دون المعارضات[1].

وقد حاول الفقه أن يخفف من جمود النظرية التقليدية فى تفسيره لنص المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسي، فاذا كانت هذه المادة تتحدث عن الغلط فى صفة جوهرية فى محل العقد، فان من الملاحظ مبدئيا أن العقد ليس له محل، انما يعرض المحل في صدد الالتزام أو الاداء الذى يتعهد به أحد المتعاقدين فهناك محل لالتزام المتعاقد أو لالتزام كل من المتعاقدين. وبالتالي فان الغلط يرد على محل التزام الشخص، أو يرد على محل الالتزام الذي يقدمه له الطرف الاخر. وفى معظم الحالات يكون الغلط فى صدد الأداء المقابل لالتزام من يتمسك بالغلط، فالمشترى يتوهم فى الشئ المبيع أمرا غير حقيقى مما يدفعه الى التعاقد. ولكن أليس من المتصور فى عقد البيع أن يقع البائع في غلط بالنسبة لمحل التزامه هو، أى بالنسبة للشئ المبيع، قد يتبادر الى الذهن أن غلط البائع فى شأن الشئ المبيع، ليس سوى غلط فى القيمة مما لا

---

(١) راجع : سليمان مرقص، السابق، رقم ١٩٤.

يؤدى الى البطلان النسبى، فلو أن شخصا باع لوحة بثمن بخس لا يتعدى بضع مئات من الجنيهات على اساس انها لوحة لفنان معاصر مغمور، ثم تبين انها لفنان راحل مشهور وأنها تساوى الملايين من الجنيهات، فهل يحرم من التمسك بالابطال على اساس أن الغلط الذي وقع فيه هو في نهاية المطاف غلط فى القيمة. لا نعتقد ذلك، فحقيقة الامر في هذا الفرض أن الغلط فى القيمة هنا صاحبة غلط في مادة الشئ الجوهرية، وهذا الحل هو الذى يتفق مع عمومية صياغة « اذا وقع **أحد المتعاقدين فى غلط**»، كما انه الحل الذى يتجاوز ضيق مفهوم النظرية التقليدية فى هذه الخصوصية. ومن هنا كان تعبير جوهر الشئ يتسع لكافة صفاته الجوهرية.

ومن ناحية أخرى فقد تجاوز الفقه المفهوم التقليدى لتعبير المحل ليصل به الى حد تغطية حالات الغلط الوارد على الحقوق وليس على الاشياء فحسب. كما وصل الامر الى الاعتداد بالغلط الوارد على محال الالتزام بعمل متعلق بالاشياء. وحاصل ذلك هو تدعيم لمفهوم الغلط الجوهرى الدافع الى التعاقد.

- أما بالنسبة **للغلط فى الشخص** فان المادة ١١١٠ فرنسى تقرر جزاء الابطال اذا كانت شخصية المتعاقد هى الاعتبار الذي دفع الى التعاقد. ورغم صياغة النص التى تعرض فقط للغلط فى شخص المتعاقد، فان الاتجاهات الحديثة بسطت المعنى الى أكثر من هذا النطاق.

فالاصل ان الاعتبار الشخصى لا يدخل في تقدير المتعاقد في عقود المعاملات الجارية. بل فى كثير من الاحيان يجهل المتعاقد مقدما شخص من سيتعاقد معه. والاعتبار الشخصى لا يقوم كما سبقت الاشارة الا في حالات

خاصة ببعض العقود كعقود التبرع[١] والوكالة والشركة... الخ كما أن بعض العقود، التى هى بحكم أصلها بعيدة عن الاعتبار الشخصى، كعقد البيع او الايجار، قد تدخل فى منطقة هذا الاعتبار أحيانا نزولا على طبيعة محل الالتزام ذاته.

ولكن هذا الاعتبار لا يتحدد فقط فى شخص المتعاقد بل ان الغلط فى ذات الشخص هو فرض نادر نسبيا. ولكن الاكثر تصورا هو ورود الغلط على مسائل أخرى اهمها:

١ - الغلط فى الحالة المدنية للشخص، وهو ما يمكن حدوثه، عندما يتعاقد شخص مع أحد ارباب الحرف او المهن تحت اسم يتبين انه اسم مستعار وليس الاسم الحقيقى.

٢ - الغلط فى صفة جوهرية فى الشخص، وهو ما قد يحدث كثيراً فى العمل حين يبرم العقد مع شخص على اعتبار توافر صفات محددة جوهرية فيه تتعلق بمهارته المهنية او سمعته أو باخلاقياته... الخ. كابرام عقد مع مستأجرة يعتقد فيها المؤجر حسن السلوك والشرف، فيتبين أنها معتادة الدعارة..

ففى مثل هذه الحالات يبطل العقد اذا اتضح ان رضاء صاحب الشأن كان مشوبا بهذا الغلط، وأن هذا الغلط كان هو الدافع الى التعاقد.

- أما بالنسبة للغلط فى الباعث، فان عدم الاعتداد به في النظرية التقليدية قد اثار جدلا فى الفقه الحديث على أساس أن الامر لا يؤخذ على

(١) يلاحظ أن أعمال التبرع قد تتجرد أحيانا من الاعتبار الشخصى حين يتجه التبرع الى الجمعيات الخيرية أو الى مجموعة من الفقراء والمحتاجين.

التقليـدية قد اثار جدلا فى الفـقه الحديث على أساس أن الامـر لا يؤخذ على اطلاقه، لأن مرد المسـألة، فى نهاية المطاف، هى ما المقـصود بالباعث[١]؟ وما درجة ارتباطه بمقومات التـعاقد الرئيسية؟ فقد يقصـد بالباعث مجرد الغرض غير المباشر الذى يختلف من شخص لاخر، فـمن يشترى سيارة قد يدفعه الى ذلك مجرد الظهور أمام الناس بمظهر الثراء، وقـد تدفعه حاجته لمواصلة سهلة لمقتضيات الاسـرة والعمل، وقد تدفعه رغبة المضاربة والتـجارة. ولا نعتقد ان البـاعث بهـذا المعنى يدخل فى منطقـة الغلط. أمـا المعنى الثـانى والذى يمكن الاعـتـداد به، فى النظرية الحـديثـة، فـهـو الباعـث الذى يرتبط بمحل الالتـزام وصفاته الجوهرية الحاسـمة في التعاقد[٢]، أو اذا ارتبط بشـخص المتعـاقد أو صـفاته الجـوهرية... فـفي مثل هذه الحـالات يطبق المعـيار الحـديث، ويكون البحث عـن جوهرية الغلط التى ترقى به الى مـستـوى انه لولا الوقوع فـيه لما أقدم الشخص على التعاقد.

---

(١) راجع : منصور مصطفى منصور، السابق، رقم ٤٢.

(٢) فى هذا النطاق يتجه معيار القياس اتجاها شخصيا وليس موضوعيا، وهذا القياس الشخصى يؤكد على الاوصاف المعتبرة لدى المتعاقدين وليس على خصائص مادة الشئ فى ذاته.

المقصد الأول
أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى

وردت أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى فى المواد من ١٢٠ حتى ١٢٤ . وقد اتجه المشرع المصرى فى هذه النصوص اتجاها يتفق مع النظرية الحديثة التى تعتد بأثر الغلط على الارادة بغض النظر على موضوعه. فقد نصت المادة ١٢٠ مدنى على أنه اذا وقع المتعاقد فى **غلط جوهرى** جاز له أن يطلب ابطال العقد. ومفاد ذلك أن الغلط المفسد للارادة هو **الغلط الجوهرى،** دون تحديد حصرى لما يرد عليه هذا الغلط. وبالتالى تضحى المسألة معيارية. ولهذا السبب أضافت المادة ١٢١ مدنى أن:

(١) الغلط يكون «**جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في الغلط**».

ثم تضيف المادة ١٢١ مدنى فى فقرتها الثانية» ويعتبر الغلط جوهريا على الاخص:

«أ - اذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية».

«ب- اذا وقع فى **ذات المتعاقد** أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة **السبب الرئيسى فى التعاقد**».

وتنص المادة ١٢٣ / ١ مدنى على أنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية» و ١٢٣ / ٢» ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه، اذا اظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد».

ونعرض فيما يلى لشروط الغلط الذى يبطل العقد فى ضوء النصوص السابقة. وتتمثل هذه الشروط فى أن يكون الغلط جوهريا، وأن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الاخر، والا يكون التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع حسن النية.

الشرط الاول : أن يكون الغلط جوهريا :

والغلط يكون جوهريا، حسب ما ورد فى نص المادة ١٢١/ ١ مدنى، اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه على المتعاقد أن يبرم، لو لم يقع فى هذا الغلط. وهذا التحديد يضع مفهوما يوسع من نطاق تطبيق نظرية الغلط، اذ انه يأخذ **بمعيار شخصى** وفى تقدير الغلط، ولا يأخذ بمعيار موضوعى. وقد انتهى المآل بنظرية الغلط الى هذا المفهوم الشخصى بعد تطور فى القانون الفرنسى. فقد كان هذا القانون يأخذ بمعيار موضوعي في نظرته التقليدية، كما سبقت الاشارة، وهى نظرة مضيقة، الى حد كبير، وقوامها أن الغلط الجوهرى يجب ان ينصب على مادة محل الالتزام. ومع هجر هذا المفهوم الضيق اتجه القضاء فى فرنسا ومعه جانب كبير من الفقه الحديث، الى المفهوم الشخصى الواسع، وهو ما آل اليه نص المادة ١٢١ من القانون المدنى المصرى. ويقتضى الاخذ بالميعار الشخصى بحثا من القاضى، عند المنازعة، في نفسية المتعاقد، ليتوصل الى الباعث الدافع الى ابرام العقد. ومن هذا المنطلق يبدو واضحا الاخذ بالمعيار الشخصى دون المعيار الموضوعى، فلو ان شخصا اشترى تمثالا قديما على أنه اثرى، فلا يكون جوهريا ان تكون مادته من فضة أو نحاس أو خشب. وهذا المثال يعنى القول بأن الغلط الجوهرى هو الذي يبلغ فى نظر المتعاقد، أى فى اعتباره الشخصى وداخل نفسه، حدا من الجسامة بحيث لولاه

لما أقدم على التعاقد. فاذا تبين للقاضي وضوح هذا الاعتبار، يستوى، بعد ذلك، أن يكون الغلط فى صفة فى ذات المتعاقد، أو فى صفة من صفاته، طالما أن هذه الصفة أو تلك الذات كانت السبب الرئيسى لابرام العقد.

ونظراً لان القاضى، وهو الذى ينقب عن حقيقة الوضع، يخوض فى مسألة تعود الى نفسية المتعاقد ونظرته الشخصية، فان الاثبات قد يبدو أحيانا عسير المنال. لذلك فان القاضي، فى سعيه الى الحقيقة، انما يستعين بقواعد تفسير الاتفاق، بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهو يهتدى فى هذا الشأن **بأمرين أساسين: الأول هو المبدأ الشامخ لحسن النية**. فكل تفسير يهدف الى تقصى الحقيقة، يجب ان يضع نصب عينيه ما يجب أن يسود المعاملات من حسن نية، وما يسودها من ثقة واجبة ومشروعة، أى أن ينأى بالتفسير عن أى منطق للتعسف، أو اغتصاب حقوق المتعاقد المضرور. **أما الامر الثانى**، فهو ما يلابس التعاقد من ظروف قد تفرض تفسيرا معينا لمقصد المتعاقد وغايته. فاذا توجه شخص مولع بالاثار الى تاجر متخصص فى بيع القطع الأثرية، فان ملابسات التعاقد، ومقتضى حسن النية، يفرضا فهم أن صفة الاثار هى صفة جوهرية في مضمون الاتفاق.

ولكن يلاحظ أن هذا العرض السابق، يشير الى الغلط المختلط بالباعث الى التعاقد. ولذلك يحتاج الامر الى قدر من الضبط، حفاظا على استقرار المعاملات.

ذلك أن مجرد الباعث الداخلى الذى يعتمل في نفس المتعاقد لا يجوز أن يؤخذ فى الاعتبار مجردا عن أى شرط. فليس كل باعث يمكن أن يدعى به غلطا مؤديا الى الابطال. فكل متعاقد، بل كل انسان، تعتمل فى نفسه بواعث

عديدة فى مسيرة حياته اليومية. بل قد تتعدد بواعثه فى امر واحد. فمن يقدم على شراء قطعة أرض قد يكون باعثه الاساسى تحقيق ربح كبير، ولكن لا يمكن ان يكون ذلك مدعاه للابطال اذا ما فشل المشترى في تحقيق ربحه، حتى ولو كان البائع يعلم بهدف المشترى. كذلك الحال اذا اشترى موظف مسكنا فى بلده معتقدا انه سيبلغ فيها سن المعاش، أو من يشترى سيارة جديدة معتقدا- خطأ - أن سيارته القديمة قد تحطمت في حادثة. وبالتالى فاننا نقرر انه لابد للتمسك بالغلط فى الباعث، لابطال العقد، من ان يكون هذا الباعث قد ارتبط وجوده كشرط مضمر وحتمي فى تنفيذ العقد. وفى ذلك تقرر **محكمة النقض الفرنسية ان البواعث، حقيقية كانت او مغلوطة، والتى تدفع الى ابرام العقد معاوضة (بعيدا عن منطقة التدليس) لا يؤثر على صحة التعاقد، الا اذا كان الطرفان يعتقدا في اعتبارها شرطا لاتفاقهم**[1].

واذا تجاوزنا هذا التحديد فان تطبيقات القانون المصرى فى شأن ما أورده المشرع من أمثلة عن الغلط الجوهرى، فى شأن شخص المتعاقد، أو صفة من صفاته... فاننا نحيل فى شأنها الى ما سبق ذكره فى تطبيقات النظرية الحديثة.

ولكن يبقى أن نبدي تحديدا هاما فى شأن مسئولية من يطلب الابطال عن وقوعه فى الغلط الجوهرى:

ذلك أن من يطلب الابطال على سند من أنه قد وقع فى غلط جوهرى قد يكون له دور فى غلطة، فما هو تأثير مساهمته على طلبه؟

الأصل أن يسأل كل شخص عن خطئه، وكذلك الحال بالنسبة لمن وقع

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٣ أغسطس ١٩٤٢ دالوز التحليلى ١٩٤٣- ١٨ وراجع ما سبق ذكره.

في غلط برعونتـه واهماله[١]، فمن الممكن أن يسـأل مدنيا عـما لحق بالطرف الآخر من أضرار. غير أن مثل هذه المسئولية تؤدى عملا الى التقليل من أهمية طلب الابطال[٢]، حيث يظهـر طالب الابطال كمدع فـى دعوى الغلط، ويمثل كمدع عليه فى دعوى التعويض عن تسببه في الابطال برعونته وعدم حيطته. لذلك يذهب البـعض الى انه لا وجه لمساءلة طالب الابـطال عن خطئه الا اذا كان خطأ لا يغتفر[٣].

الشرط الثانى : اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر :

تقوم نظرية الغلط عـلى فلسفة حمـاية الرضاء من التعـيب، فالارادة هى جوهر التـصرف القانونى، فاذا انـعدمت الارادة انعدم التصـرف، وكان باطلا بطلانا مطلقـا، واذا تعـيبت الارادة تعـيب العـقد وكـان باطلا بطلانا نسـبيـا. ويؤدى هذا المنطق الى كفاية تعيب ارادة احد المتعاقدين حتى يمكنه أن يتمسك بابطال العقد، وهو منطق تؤدى كفايته الى القول بالابطال ولو لم يكن المتعاقد الاخر مـشتـركا أو مـتصـلا بالغلط المذكـور. على أن الاطلاق في هذا المنطق الاخير يؤدى الى زعزعـة المعاملات وعدم استقرارها. ذلك انه اذا اقـتصر امر الغلط على دائرة مـغلقة لـدى احد المتـعاقـدين، دون اى اتصال له بالمتـعاقـد الاخر، فان الابطال يكون مفاجأة تامة له، دون ما خطأ ارتكبه، أو اهمال نسب اليـه. لذلك ذهب رأى قديم الى القـول بأن الغلط الفـردى لا يكفى للابطال، بل لابد أن يكون الغلط مـشتركا، بمعـنى أن يكون كل من المتعاقـدين قد وقع

---

(١) راجع : ريبـير، القـاعدة الأخـلاقيـة، رقم ٤٩، ريبيـر وبولانجيـه، -٢- رقم ٧٦٥- ٧٦٦، بلانيول وريبير- ٦ رقم ١٨٩، مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقك ١٧٥.

(٢) راجع : جستان، العقد، ١٩٨٠، رقم ٣٩٧.

(٣) راجع : جستان، السابق، والمراجع التى أشار اليها.

بدوره فى الغلط. وان هذا الشرط يقتضيه مبدأ حسن النية فى المعاملات، فليس من العدل ابطال العقد لمجرد أن أحد عاقديه قد وقع في غلط فى حين كان الاخر حسن النية لا يعلم شيئا عن هذه المسألة[١] خاصة وأن هناك فرصا حقيقية للعلم بالنسبة لكل من العاقدين، خاصة خلال فترة المفاوضات والمساومات التى تصاحب العملية العقدية. وبالتالى فاذا ما توافر الغلط مشتركا بين الطرفين، وطلب أحدهما الابطال، فلن يكون للآخر وجه للتحصن وراء حسن النية، ولن يكون الطلب مفاجأة بالنسبة له[٢].

غير أن هذه النظرية، التى قيل بها فى فرنسا، لم تلاقى نجاحاً، بل تعرضت للنقد من عدة وجوه. فمن ناحية أولى فهى تضيف شرطا لم يرد فى نص المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى. ومن ناحية ثانية فان بعض أنصارها عبروا عنها تعبيرا خاطئا بالقول بأن الغلط لابد أن يكون مشتركا، أى أن يكون المتعاقد الاخر قد وقع بدوره فى الغلط. وهو تحديد غير دقيق، لأن اقصى ما يمكن تطلبه هو أن يكون الطرف الاخر على علم بوقوع طالب الابطال فى الغلط، اذ يقتضى المنطق أن يكون مناط الابطال هو غلط من يطلبه، يستوى فى ذلك وقوع الطرف الاخر في غلط أم عدم وقوعه[٣]. فالجوهرى هو أن ارادة طالب الابطال قد تعيبت بالفعل.

وقد اتجه الرأى الحديث[٤] الى عدم تطلب ان يكون الغلط مشتركا، وأن

---

(١) راجع: السنهورى، العقد، رقم ١٧٥.

(٢) راجع : رسالة الاستاذ بويه Boyer ، عن الالتزام بالاعلام من جامعة اكس ١٩٧٧، رقم ٣٠٩، ومارتى ورينو، الالتزامات، رقم ١٢٩، جستان، السابق رقم ٣٩٩.

(٣) راجع: السنهورى، السابق، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٥٢.

(٤) راجع : السنهورى، السابق، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، مازو وشابا ودى جولار، السابق، رقم ١٧٣.

كان الامر يقـتضى، عملا على استـقرار المعاملات، أن يتصل الغلط بالمتـعاقد الاخر، بأن يكون عالما بوقوع المتعـاقد الآخر فى الغلط، أو على الاقل كان فى استطاعته أن يعلم بذلك.

وقـد تبنت المادة ١٢٠ مـدنى هذا الاتجـاه الاخيـر بأن نصت...» ان كـان المتعاقد الاخر **قـد وقع مثله فى هذا الغلـط، أو كان على علم به، أو كـان من السهل عليـه أن يتبينه»**. وبالتـالى فان هذا النص قـد تعرض للفروض الـثلاثة الممكنة:

الفرض الأول: حالة الغلط المشترك :

وهى أقصى صور الاشتراك في الغلط: فـالغلط مؤكد من الناحيتين، ولا صعوبة بالتالي في الحكم بالابطال. ومثـال هذه الحالة ان يشترى شخص نوعا من الحاسبات (كمبيوتر) يعتقد فى صـلاحيته لحفظ ملفات عملائه فى مكتبه، ويشاركـه البائع هذا الاعتـقاد، ثم يتـبين عدم صلاحـية الجهـاز لاداء الغرض المقـصود، أو يشـتـرى شـخص ساعـة على أنهـا ذهبـية ثم يتـبين أنهـا مطلاة بالذهـب، وكان البـائع يشاركه ايضا اعـتقاده الخاطئ. وكذلك من يـبيع لوحة اثرية بثمن زهيد معتقدا انهـا ليست اثريه ويشتريها منه من يشاركه هذا الغلط. وفي مـثل هذه الحالات لابد أن يـكون الغلط جوهريا بـطبيـعة الحـال، أى أن يثبت أنه لولا الاعـتـقـاد الخـاطئ لما اقـدم طالب الابطال على ابرام العـقـد. ويلاحظ أن هذه الحـالة، التى يتحقـق فيهـا الغلط على أعلى درجة في مـنطقة العقد، تمثل، بابطال العـقد، صورة عدالة مناسبـة للطرفين، اذ يكون لكل منها أن يطلب الابطال تحقيقا لمصلحته، ودفعا لما يحيق به من اضرار.

الفرض الثانى : أن يعلم المتعاقد الاخر بوقوع الطرف المدعى فى الغلط:

ومفاد ذلك أن يقع أحد المتعاقدين فى الغلط، ويبرم الطرف الاخر معه العقد وهو يعلم بوقوعه فى هذا الوهم. ومعنى ذلك أنه يكفى علم المتعاقد بوقوع الاخر فى الغلط. ويستند الابطال، في هذه الحالة، ومن الناحية الاخلاقية، الى ان من علم بحالة الطرف الاخر كان يتعين عليه أن ينبهه الى الوقوع فى الغلط الدافع الى التعاقد، ولكنه لم يفعل اقتناصا لفرصة التعاقد على حساب الطرف الاخر الذى تعيبت ارادته، ومن هنا يكون الابطال جزء من رد الفعل على سوء الطوية المشار اليه.

الفرض الثالث : أن يكون من السهل على المتعاقد الاخر تبين وقوع المدعى فى الغلط :

فى هذا الفرض الاخير تكفى سهولة الالمام بوقوع المدعى فى الغلط، أى سواء كان قد تبينه بالفعل أو لم يتبينه. ذلك انه اذا كان قد تبين أمر الطرف الاخر، فانه يكون سيئ النية ويرد اليه قصده بالابطال، وإما انه كان بوسعه أن يتبين الحقيقة ولكنه لم يصل اليها، فهو مهمل لم يبذل ما في وسعه بالقدر الكافى. والحكم على المتعاقد الآخر فى هذا الشأن هو مسألة واقع يقدره القاضى وفقا لظروف وملابسات التعاقد. ولكن عبء الاثبات يقع على المدعى، الذى يطلب الابطال، وهو يقيم الدليل بكافة طرق الاثبات، من أوراق كتابية أو شهادة شهود أو قرائن. ورغم أن أمر الاثبات فى مثل هذه الاحوال يكون عسيرا بعض الشئ لتعلقه فى جانب هام منه باعتبارات نفسيه وتصورات داخليه لدى المتعاقد، الا ان من القرائن ما قد ينهض دليلا على الوقوع فى الغلط واتصاله بالمتعاقد الآخر. ففى مثال التعاقد على شراء تمثال،

اعتقادا انه تمثال اثرى، قد يكون من القرائن المبته للغلط الغلاء الفاحش للسعر الذي تم التعاقد عليه، على نحو لا يجعل هذا السعر مناسبا لتمثال مقلد أو حديث، كذلك قد يعد من القرائن فى هذا المقام تخصص البائع واحتكاره لبيع السلع الاثرية فقط. ففى مثل هذه الحالات قد تقوم من الملابسات ومن القرائن ما يثبت على الاقل أن المتعاقد الاخر اما قد وقع فى غلط بدوره، أو على الاقل كان من السهل عليه أن يتبين وقوع المدعى فى الغلط.

- وحاصل كل ما سبق أن الابطال لن يتيسر الحكم به الا اذا توافر اتصال الغلط بالمتعاقد ألاخر، ولو فى ادنى مستوياته، وهو الفرض الثالث. وقد علقت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، فى صياغة جيدة، على هذا المفهوم مقررة أن المشروع اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه، أن يكون احدهما قد جر الآخر اليه بموقفه، أو أن يكون عالما بوقوعه، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه، ويلاحظ أن المتعاقد الاخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب اليه امر يرتب مسئوليته. وهذا ما يبرر طلب البطلان، **أما اذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط، بأن وقف موقفا لا يجر الى الوقوع فيه، أو امتنع عليه العلم به أو تبينه، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد** إلا اذا سلمنا بوجوب تعويض هذا المتعاقد، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد، وهذا هو ما اتبعه التقنين الالمانى.. أما المشروع فقد ذهب الى ما هو ايسر من ذلك، فبدلا من ان يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب المتعاقد الاخر من خسارة، جعل للعقد حكم الصحة، وهيء بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد. وليس هذا الا تطبيقا تشريعيا خاصا لنظرية الخطأ فى تكوين العقد..

هذا وينبغى التنويه الى أمرين. أولهما : أن الغلط الذى يبرر ابطال العقد، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان، أو يتسبب فيه احدهما، أو يعلم به، أو يكون في مقدوره أن يعلم به. قد يلقب اصطلاحا «بالغلط المغتفر». ويصبح الغلط «غير مغتفر»، ولا يؤدى بذلك الى ابطال العقد، اذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر، أو يجره اليه، أو يعلم به، أو يستطيع العلم به. والثانى : **أنه لا يقصد بعلم الطرف الاخر بالغلط تبينه واقعه الغلط فحسب، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعا الى ابرام العقد»**[1].

الشرط الثالث: عدم التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع حسن النية :

وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة ١٢٤/ ٢ من القانون المدنى : «ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية-/ ٢ ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه، اذا أظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد».

وهذا الحكم يتصل بالفلسفة التى تقوم عليها نظرية الغلط من حيث حماية صاحب الارادة المعيبة، ودرء ما يحيق به من ضرر نتيجة لتصوره الخاطئ لامر من أمور التعاقد، على خلاف الحقيقة، فى وقت اتصل فيه الغلط بالمتعاقد الاخر. فالابطال للغلط، فى أحد جوانبه، حماية للمتعاقد الذي عيبت ارادته، وفى جانب اخر جزاء ضد المتعاقد الاخر الذى كان، على الاقل، فى وسعه تبين حالة الغلط، ثم التنبيه اليها، أو الامتناع عن ابرام العقد. ونعتقد ان هذه الفلسفة على جانبى العقد ممثلا فى طرفيه يقتضى بالمنطق العادل ألا يتمسك المضرور، الذي قصد القانون الى حمايته، بالابطال على

(١) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية -٢- ص ١٤٢و ١٤٣.

نحو يتعاض مع حسن النية، وبمعنى آخر اذا كانت حمايته هى ايضا من منطلق حسن النية، فكيف به يخذل مقتضاها في تمسكه بالابطال!!.

وقد أوردت الفقرة ٢ من المادة ١٢٤ مدنى تطبيقا واضحا لهذا المعنى السابق حيث قررت « ويبقى على الاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد». وعلى هذا النحو لا يجوز طلب الابطال اذا عرض المتعاقد الاخر تصحيح الموقف، بأن عرض على المشترى مثلا التمثال الاثرى الذى قصد شراءه، أو ان يعرض البائع الساعة الذهبية المقصودة بدلا من الساعة المطلاة بالذهب، أو أن يعرض على المشترى، بصفة عامة، تحمل نفقات الميزة التى تصور المشترى وجودها فى الشئ المبيع، كمن يشترى أرضا معتقدا ان لها منفذا على الطريق العام، ثم يتضح انها محصورة فيعرض عليه البائع توفير هذا الطريق على نفقته، أو أن يدفع له هذه النفقات، أو أن يبيع شخص سهما بقيمته الفعلية جاهلا أنه كسب جائزة كبيرة فيعرض عليه المشترى- توقيا للابطال- أن يتنازل له عن هذه الجائزة[1].
ففي مثل هذه الفروض السابقة يكون التمسك بالابطال، رغم ما عرضه الطرف الآخر من تصحيح للوضع، متعارضا مع حسن النية، وبالتالى غير جائز قانونا.

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون:

الغلط فى الواقع : هو الذى ينصب على أمر واقعى من أمور التعاقد، وهو ما ينطبق على الحالات والامثلة التى سبق ذكرها، والتى خص المشرع

(١) راجع : السنهورى، السابق، رقم ١٧٨ .

بعضها بالذكر، مثل الغلط فى شخص المتعاقد، أو فى صفة من صفاته، أو فى صفة جوهرية فى مادة الشئ محل التعاقد... الخ. أما **الغلط فى القانون**: فهو الذي ينصب على الجهل بحكم القانون فى مسألة من مسائل التعاقد. فقد يتصور أحد المتعاقدين حكم القانون، فى أمر التعاقد. على نحو غير حقيقى، كالزوج الذى يعتقد أن نصيبه، قانونا، هو الربع في تركة زوجته، رغم أنه ليس لها ابناء يرثون معه، فى حين ان حقيقة نصيبه النصف، أو كمن يبيع سلعة بثمن منخفض معتقدا- خطأ - أن القانون يضع لها هذا السعر محددا جبرا، وكمن يشترى أرضا لاقامة عمارة شاهقة، معتقدا فى جواز ذلك قانونا، ثم يتبين له انه ممنوع فيها بناء العمارات.. وهكذا. ففى جميع هذه الامثلة توهم الشخص، في القانون وليس فى الواقع، حكما قانونيا، على خلاف الحقيقة.

وقد عرضنا سلفا شروط التمسك بالغلط فى الواقع، فهل يمكن أن تطبق هذه الشروط، وبذات الاثر (الابطال) على حالة الغلط فى القانون؟ اثير هذا التساؤل بسبب القاعدة الشهيرة: «لا يعذر المرء بجهله بالقانون»، على سند من القول أن التمسك بالغلط فى القانون قد يتضمن اعتذارا بالجهل، وهو غير جائز. والحقيقة ان هذا الشك سرعان ما يتبدد بتوضيح الاختلاف بين الحالتين: حالة الغلط فى القانون، وحالة الاعتذار بالجهل بالقانون، وأن الاولى لا تعنى الثانية. فالاعتذار بالجهل بالقانون يستهدف استبعاد تطبيق القاعدة القانونية بحجة عدم العلم بها، وهذا غير جائز. اذ معناه التهرب من أحكام القانون بالاعتذار بالجهل بوجوده. أما التمسك بالغلط فى القانون فيسعى به صاحبه الى نتيجة مناقضة تماما، اذ انه يسعى الى تطبيق الحكم الصحيح

للقانون بدلا من الحكم الذى تصوره صحيحا. وشتان بين المعنيين، مضمونا، وأثرا ونتيجة.

وقد جاءت المادة ١٢٢ من القانون المدنى المصرى ووضعت حكم هذه المسألة حين قررت أن «يكون العقد قابلا للبطلان لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين»، هذا ما لم يقض القانون بغيره». وعلى هذا النحو يجوز التمسك بالغلط فى القانون لابطال العقد بذات شروط الغلط فى الواقع، والسابق عرضها.

ونبدى على هذا الحكم ملاحظتين :

١ - انه لا يجوز التمسك بالغلط فى القانون، وابطال العقد، اذا كان هذا الابطال يؤدى الى مخالفة هدف من اهداف النظام العام[1]. فلو أن شخصا اجر لآخر مسكنا بأجره مرتفعة، أكثر من الاجرة القانونية، فى ظل القوانين الاستثنائية، معتقدا ان القانون يجيز له ذلك، ثم تبين انه وقع في غلط فى القانون، فى هذه الحالة لا يجوز له ان يتمسك ببطلان عقد الايجار، بحجة انه لو علم بأن الاجرة محددة قانونا على نحو منخفض لما ابرم العقد. فالتمسك بالابطال هنا يؤدى الى تفويت مصلحة يحميها النظام العام وهى مصلحة المستأجر فى الاجرة المخفضة. كذلك الحال لو ان شخصا اقرض اخر بفائدة تزيد عن الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية وهى ٧٪، فلا يجوز له ابطال العقد للغلط فى القانون، بل يبقى العقد قائما وتخفض الفائدة الى الحد القانونى، اعمالا للنظام العام.

---

(١) فى الاحكام الجنائية بالذات وكل الاحكام المدنية المتعلقة بالنظام العام.

أما اذا كان الغلط فى القانون قد ورد على حكم غير متعلق بالنظام العام فانه يجوز التمسك بالابطال. ومع ذلك وحتى في هذه الحالة الاخيرة فان المادة ١٢٢ مدنى تحفظت بقولها «ما لم يقضى القانون بغيره» بمعنى أن المشرع قد يمنع صراحة التمسك بالغلط فى القانون ولو فى مسألة لا تتعلق بالنظام العام. ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٥٥٦ مدنى فى شأن عقد الصلح أنه «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط فى القانون»[1].

٢ - أن الغلط فى القانون، على نحو ما سبق بسطه، يؤدى الى غلط فى الواقع، ويثار، عادة، بمناسبته. فالزوج الذي يبيع نصيبه فى تركه زوجته، دون تحديد قدرها، معتقدا انه الربع، فى حين ان حقيقته النصف، يقع فى غلط فى القانون وغلط فى الواقع، فى آن واحد. وغلط الواقع ورد على القدر المبيع والثمن الذى حصل عليه، فى حين ان غلط القانون ورد فى توهمه حكم القانون على غير حقيقته.

---

(١) يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى الواقع كما اذا تصالح الدائن مع المدين على مبلغ الدين، وكان الدافع الى هذا الصلح توهم الدائن أن المدين موسر: السنهورى، السابق، رقم ١٧٤ فى الهامش، وراجع: عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٥٣ حيث يذهب الى انه اذا امتنع استثناء من الاصل العام المقرر بمقتضي المادة ١٢٢ التمسك بالغلط فى القانون، فانه يمتنع بالضرورة التمسك بالغلط فى الواقع الذى يودى اليه.

المطلب الثانـــى

التدليـــس

التدليس هو ايهـام شخص بغـير الحقـيقة، باسـتخدام وسـائل احتيـالية، بقصـد حمله على التعاقـد، وهو، على هذا النحو، نوع من التغـرير. فالمدلس يسـتخـدم الطرق الاحـتيـالية. فيـوقع بالطرف الاخـر فى غلط يحـمله على التـعاقـد. واستـخدام وسـائل التحـايل »و التغـرير ليـست بذاتها التى تعـيب الارادة، ولكن مـا يعيب الارادة هو مـا ينتج عنهـا من غلط يقع فـيه المتـعاقـد الاخر. ويتـرتب على هذا المعني ان التـدليس ليس عيبا مـسـتقلا من عـيوب الرضـا، بل هو عـيب وثيق الصلة بالغلط، فـفى الحـالتين، الغلط والتـدليس، يعيب الارادة وقـوع صاحبهـا في غلط دفعه الى ابرام العقـد، بحيث لولا هذا الغلط لما أقدم على ذلك. ومن أمثلته ان يقـدم بائع مستندات مزورة عن جوده السلعة المبيـعة او متانتهـا أو مكان صنعها ليحمل الـطرف الثانى على الشراء، وينجح فى التـعاقد عليـها. وكذلـك من ينجح فى ابرام عقد عـمل عن طريق تقديم شهـادات مزورة عن مؤهلاته وخبـرته، أو من يتوصل الى فتح اعـتماد لدى أحـد البنوك بعد تقـديم مسـتندات غيـر حقيـقيـة توهم بقدر من الـثراء واليسار لا وجود له حـقيقة، أو أن توهم إحدى الجمعـيات، فى اعلاناتها، أن اعضـاءها مسئـولون شخصيـا عن التزاماتهـا، أو أن يستعين شـخص مريض يتقدم للتـأمين على حياته، بشخص آخر حـسن الصحة، فيجـرى عليه كشف الشركة. مما يدفعها الى ابرام عقد التأمين.[١] ففي مثل هذه الامثلة اذا ثبت انه لولا الغلط، الناتج عن التـدليس، والذي وقع فيـه المدلس عليه، لما تم العـقد،

---

(١) راجع : السنهـورى، مصـادر الالتزام، رقم ١٨٠ و ١٨١، عـبد الفـتاح عـبد البـاقى، نظرية العقد، ١٩٨٤، رقم ١٦٠، فتحى عبد الرحيم، السابق، ص ١٧١ وما بعدها.

فان لهذا الاخير ان يطلب ابطال العقد، فضلا عن حقه فى التعويض عما لحق به من اضرار. ونلاحظ على نظرية التدليس ما يلى:-

١ - ان هذه النظرية تمثل أهمية كبيرة، من حيث انها تعتبر وسيلة من وسائل ردع التغرير، وتأكيد مبدأ حسن النية والثقة المشروعة فى التعاقد. فالتدليس هو نوع من خيانه الثقة المفترضة بين المتعاملين، ومرتبة متقدمة من سوء النية لدى المدلّس(١).

٢ - ان الصلة بين التدليس والغلط، والتى قوامها أن ما يعيب الارادة فى الحالتين هو الغلط، لا تمنع وجود فارق هام بينهما، وهو أن الغلط فى الأول (التدليس) هو غلط مستثار، اى استثارة المدلس، عن طريق الوسائل الاحتيالية، فى ذهن وتصور المدلس عليه، أما في حالة الغلط المجرد فهو غلط تلقائى وقع فيه المتعاقد نتيجة تصوره الخاطئ وما وقر فى نفسيته من توهم أمر على خلاف حقيقته، فهو فى هذا الفرض الاخير حالة نفسية داخلية تلقائية. ويترتب على هذا الفارق أن الغلط المستثار يسهل اثباته عن طريق اثبات الوسائل الاحتيالية التى أدت اليه، والتى هى بطبيعتها طرق احتيالية ملموسة يسهل اقامة الدليل عليها. والامر اكثر صعوبة فى اثبات الغلط التلقائى باعتباره حالة نفسية داخلية ذاتيه لدى من كان ضحية له. يضاف الى ذلك ان الغلط، وكما سبق ان اشرنا، لا يعتد به دائما، فهناك صور من الغلط التلقائى لا اثر لها على العقد. أما الغلط الناتج عن التدليس فهو دائما محل للاعتبار ويكون العقد معه دائما قابلا للبطلان.

---

(١) راجع: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، ص ١٤٥، ١٤٦، خاصة الخداع الاعلانى، ص ١٥٢، وراجع عن نفس هذه الفكرة: مقال سيرناوبنوا فى الاسبوع القانونى ١٩٧٤-١-٢٦٤٣.

٣- أن الوسـائل الاحتـيالـية المستـخدمـة في التدليس تعـد أعمـالا غيـر مشـروعة، وبالتـالى تكوّن خطأ في حق المدلس، فـاذا ترتب عليهـا ضرر لحق بالمدلس عليـه كان من حقـه أن يطلب عنه تعـويضا، وفقـا لقواعـد المسئولية التقصيرية، بالاضافة الى ابطال العقد لتعقيب الارادة.

٤ - ان القانون المدنى المصرى فى سـعيه الى تدعيم مبـدأ حسن النية في المعاملات لم يكتف بابطال العقد فى حالة التدليس باسـتخدام وسائل احتيالية ايجابية، بل تجاوز ذلك الى الاعتداد بالسكوت العمدى حيث نصت الفقرة ٢ من المادة ١٢٥ مـدنى على أن يعـتبـر تدليسـا السكوت عـمـدا عن واقعـة أو ملابسة، اذا ثـبت ان المدلس عليه ما كان ليـبرم العقد لو علم بتلك الـواقعة أو هذه الملابسة».

٥ - ان القانون الجنائى يسير فى خط مواز للقانون المدنى فى حماية ارادة الشخص من الخداع والتـغرير، حيث يجرم تزوير المحـررات، وتغيير الحقـيقة فى الأوراق والمسـتندات وانتـزاع التـوقيع بـالقوة (م ٣٤٥ عـقـوبات)، ثم أن القـانون الجنائى يقيم بناء قـانونيا تجـريميا متكاملا لجـريمة النصب[1]. وهذه الجريمة تقابل، فى بعض جـوانبها، التدليس المدنى. فـجريمة النصب تسعى الى حمـاية ممتلكات الاشخاص وأمـوالهم من الاعتداء عليـها، فى حين أن نظرية التدليس تسعـى الى حماية ارادة المتعاقـد، وتخليصه من رابطة عقـدية ما كان ليقدم على اتمامها لولا تعرضه للوسـائل الاحتيالية. ويلاحظ من ناحية أخرى أن التدليس المدنى يكفى فيه السكوت احيـانا كما سبقت الاشارة، فى حين أن جريمة النصب لا تتـصور بمجرد السكوت، بل لا يكفى فيـها الكذب بذاته اذا

(١) راجع : أحمد فتحى سرور، القسم الخاص، ١٩٧٩، رقم ٧٩٩.

كان غير مصحوب بعناصر خارجية تدعمه بقصد الاستيلاء على اموال المجنى عليه(١).

عناصر التدليس :

يقوم التدليس على عنصرين: أحدهما هو **العنصر** المادى ويتمثل في المسلك المادى الخارجى الذى يستخدمه المدلس لتضليل المتعاقد الاخر، والثانى هو **العنصر النفسى**، وهو نية التضليل لذى المدلس. ونعرض لكل منهما فيما يلى:-

أولا- العنصر المادى فى التدليس:

ويمثل هذا العنصر الحيل أو وسائل التغرير التى يستخدمها المتعاقد ضد المتعاقد الآخر، فيوقعه فى غلط يدفعه الى التعاقد. وقد أشرنا الى الامثلة العديدة لهذه الوسائل. وهذه الحيل تتمثل ابتداء في وقائع خارجية ملموسة. وهى أثر من مفاهيم القانون الرومانى، حيث كان التأكيد على أن التدليس لا يقوم بغير هذا العنصر المادى، والذي كان يكوِّن فى ذات الوقت جريمة جنائية، ولم تكن هذه الجريمة متصورة بغير هذا العنصر المادى، الذى يعكس عملا ايجابيا تتجسد من خلاله النية الاجرامية، ذلك أن فكرة الجريمة التى تتم لمجرد الترك، أو الموقف السلبى، لم تكن قد عرفت بعد(٢). ومع تطور المفاهيم القانونية والتشريعية التى انتهت الى الفصل بين جريمة النصب الجنائى والتدليس المدنى، بدأ هذا الاخير يبلور نظرية مستقلة وخاصة به، تفارق بين

---

(١) راجع : جستان، مقال عن السكوت والتدليس والغلط دالوز ١٩٧١، ص ٢٤٧.

(٢) راجع : مازو وشابا ودى جوجلار، دروس فى القانون المدنى، الجزء الثانى، المجلد الاول، ١٩٩١، رقم ١٩٣.

التدليس المدنى المفهوم الجنائى للنصب، ومن هنا ظهرت التطورات الخاصة بالتدلس، والتى نأت به، شيئا فشيئا، عن اشتراط حتمية أن تكون وسائل التغرير ايجابية ومادية. وفى القانون المدنى الفرنسى اكتفت المادة ١١١٦ بتقرير أن التدليس سبب لابطال الاتفاق، عندما يكون من الثابت أنه لولا الحيل التى استخدمها احد المتعاقدين لما أقدم المتعاقد الآخر على التعاقد، والمقصود بالحيل هنا هى وسائل التغرير، وهى تفترض مبدئيا وسائل ايجابية خارجية المظهر، أى حبكة مظهرية ومسرحية. ومع ذلك فقد اتجهت المحاكم فى فرنسا الى تفسير هذا الامر تفسيرا توسعيا في اطار بعض التوجهات العملية. فمن ناحية أولى، فان مجرد الكذب لا يكفى بذاته مكونا للعنصر المادى فى التدليس، أى لا تقوم معه الوسائل الاحتيالية. فالتاجر الذى يشيد ببضاعته، بأوصاف مبالغ فيها، ليدفع عملاءه إلى التعاقد، لا يرتكب تدليسا، ولو كانت الصفات، التى ذكرها، غير مطابقة للحقيقة. وهنا قد تبدو المسألة غير متفقة مع صحيح الاخلاق الحميدة، ولكنها لا تمثل أمرا مخالفا للقانون. فهذا التغرير، هو حيل محدودة، لا تنطلى الا على الشذج من المتعاملين[1].

- غير أن **الكذب** قد تصاحبه ظروف ترقى به الي مستوى الوسائل الاحتيالية التى تجيز ابطال العقد (اذا توافرت الشروط الاخرى للتدليس). فهناك من العقود ما يقتضى قدرا أوفى من حسن النية، والثقة المشروعة بين

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٥ يناير ١٩٦٨، الاسبوع القانونى ١٩٦٨-٢-١٥٦٠١. وراجع مجموعة الاعمالا لتحضيرية للقانون المدنى المصرى-٢- ص ١٧٢ والتى جاءت فيها أن لا ينبغى أن «يعتد فى تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا او عيوب، متى كانت هذه الاراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص»، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٦٢.

المتعـاقدين، أى عـقود يمكن أن تسـمى عقود «الامـانة العقـدية» أو كمـا يقرر فقهاء الشريعة «بيوع الأمانة». ففي مثل هذه العقود، يُلقى حسن النية[١]، كما تلقى الثقـة المشروعة في التعـاقد، واجبـا على أحد المتعاقـدين أن يدلى للآخر ببـيـانات مـعـينة عن مـحل العـقـد، أو عن مـلاءمـتـه لحـاجـتـه، أو خطورة استـخداماته. وقد تبلور ذلك فى الفـقه الحديث تحت مـسميات عـديدة، منها الالتزام بالتبصير، الالتزام بالنصيحة، الالتزام بالادلاء بالبيانات[٢] وأخيرا في حـالات خاصـة: الالتـزام بالتـحذير. فـاذا توافـرت ظروف توجب مـثل هذا الالتزام: فان الكذب فى شأن ما يتعين الافصاح به قد يدفعه، أى هذا الكذب، ووفقا لظروف التعاقد، الى منطقة التدليس الذي يجيز طلب الابطال. وتتوافر هذه الحالات عادة عندما يـكون التوازن مختلا بين المتعاقـدين من حيث القوة أو من حيث الالمام بالمعلومات الفنية لموضوع التعاقد، كأن يكذب البائع المهنى المتـخصص على العـميل العـادى المجـرد من المعلومات التـخصـصيـة، أو أن يكذب رجل البـنك أو الطبـيب، على عـــميله، أو الوكـيل علـى مـوكله، أو المهندس الاستشارى على رب العمل[٣].

– وقد أدت هذه الفلسـفة الجديدة، المُدعمة لـلثقة المشروعة في الـتعامل، الى اتجـاه آخر اكـثر تقـدما فى مـعنى حـماية الرضـاء من التدليس، هو اتجـاه الاعـتداد بالسـكوت ومدى صـلاحـيتـه أن يكون تدليـسـا. والمشكلة في هذا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٦٢، نزيه المهدى، البحث السابق الاشارة اليه.

(٢) راجع : أحمد عبد التـواب، الالتزام بالنصيحة في نظاق التشيد، رسـالة من جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، أحمد الرفاعى، الحماية المدنية للمستهلك «ازاء المضمون العقدى»، رسالة، الزقازيق ١٩٩٣.

(٣) راجع سهير منتصر، السابق، حول التوافق بين النصب بطريق الكذب والالتزام بالتبصير، ص ١٥٦.

الغرض الاخير، فرض السكوت، هى أننا أمام موقف سلبى. **فالسكوت عدم، واذا كان الاصل الا ينسب لساكت قول، فالأولى الا ينسب اليه فعل بطبيعة الحال. ومن ناحية اخرى فان الاعتداد بالسكوت** كتدليس، يعد مخاطرة تهدد التعامل بعدم الاستقرار. وهذان الاعتباران قد يدفعا الى القول مبدئيا أن السكوت لا يصلح تدليسا من حيث المبدأ، فأصل التدليس قائم، كما سبق، على فعل ايجابى خارجى. ولكن كفة مقتضيات الثقة فى التعامل هى التى رجحت فى نهاية المطاف. فقد اتجه القضاء فى مصر (قبل صدور القانون المدنى الحالى) وفى فرنسا[1]، الى اعتبار السكوت تدليسا اذا لازمته ظروف معينة.

ومن قبيل السكوت المجرد عن أى ملابسة تدمغه بالتدليس، أن يبيع شخص عقاراً مملوكا له، في وقت كانت قد رفعت عليه (أى البائع) دعوى باستحقاق هذا العقار، فيلتزم الصمت، ولا يخطر بها المشترى لانه يعتقد فى سلامة ملكيته وقانونيتها (ليس لديه نية التدليس). وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض المصرية أنه حتى لو أخذ فى مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبى، واعتبر المدعى عالما بدعوى الاستحقاق، واستنتج علمه من وصول اعلان الدعوى اليه في حينه، وقبل تحرير العقد الابتدائى، فان ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية.. وما جاء به من انه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائى ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمى الصادر له من البائعين.. وما جاء من

(١) راجع مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، الاحكام المشار اليها، ص ١٨٨، وراجع فى القضاء الفرنسى مثلا: نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٧ بلتان المدنى ١٩٦٧-١- رقم ٥٨، و ٢ اكتوبر ١٩٧٤، بلتان المدنى ١٩٧٤-٢- رقم -٣٣، ١٩ يونيو ١٩٨٥، الاسبوع القانونى ١٩٨٥-٤- ٣٠٥.

ذلك يدل على ان البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكية من باع له، وانه ليس فى حاجة الى ان يخدع المشترية بكتمان دعوى الاستحقاق. لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمان بائعيه فاذا استحق عليه أو على المشترية منه، كان لها عند ذلك ان ترفع دعوى الضمان فسخا للبيع والزاما بالتضمينات[١]. كذلك قضى بأنه لا يعد تدليسا كتمان بيان عمدا، ما دام كان في امكان المتعاقد أن يعرف هذا البيان عن طريق آخر[٢]. فلا يعد تدليسا مثلا سكوت القاصر المقدم على التعاقد عن الافصاح عن نقص اهليته، حيث يسهل على المتعاقد الاخر أن يسلك سبلا عديدة للتعرف على سنه بأن يطلع على بطاقته الشخصية أو شهادة ميلاده.

أما اذا لابست السكوت ملابسات معينة فقد يقدر القاضى أنه يكون تدليسا. وهذه الظروف قد تختلف من حالة الى اخرى، وفقا لدرجة الثقة المفترضة بين المتعاقدين ،ومدى تعذر علم أحدهما بالمعلومة المسكوت عنها عن طريق آخر.

فمثلا قد يكون السكوت تدليسا بحكم الثقة القائمة بين شركاء فى مال واحد، كالشريك الذى يخفى عن شريكه حال قسمة المال الشائع، أن معظم الحصة التى آلت اليه هى موضوع لدعوى استحقاق من جانب هيئة الاوقاف، على نحو لو علم بالحقيقة لما وافق على القسمة، كذلك سكوت بائع العقار عن الافصاح للمشترى عن ان العقار المبيع هو موضوع لقرار نزع ملكية للمنفعة العامة، على وشك الصدور، كذلك كتمان المؤمن على حياته لأوضاع مرضه وتطوره.

(١) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٣٦، مجموعة عمر -١- رقم ٣٢٧.

(٢) استئناف اسيوط ١٢ فبراير ١٩٤٢، المحاماة -٢٢- رقم ٢٤٤.

وقد يتجه المشرع فى بعض الحالات الى النص على التزام أحد المتعاقدين بالانصاح عن بيانات معينة لمصلحة المتعاقد الآخر، كما هو الحال فى التزام المؤمن له بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر عند ابرام عقد التأمين.

وقد كان لهذه التطورات صدى تشريعيا فى القانون المدنى حيث نصت المادة ١٢٥/ ٢ على أن يعتبر تدليسا **السكوت عمدا** عن واقعة أو ملابسة، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

ثانيا – العنصر المعنوى : نية التضليل :

لا يكفى توافر الوسائل الاحتيالية، ولكن يجب أن تكون هذه الوسائل قد وجهت الى المتعاقد بقصد التغرير به وحمله على التعاقد (وأن تبلغ هذه الغاية بالفعل).

فنية التضليل تعبر عن جانب هام، وهو تعمد اتيان هذه الافعال، أى نية التغرير عن وعى وقصد وصولا الى الهدف، وهو ايقاع المتعاقد فى الغلط ودفعه الى التعاقد. وعلى هذا النحو، فان مجرد ارتكاب أفعال تغريرية برعونة، أو إهمال، أو عدم احتياط، لا يقوم به التدليس، حتى ولو أدى الى وقوع الطرف الاخر في الغلط ثم ابرام العقد، ويبدو ذلك واضحا بدرجة اكبر فى حالة السكوت، فاهمال المتعاقد فى الانصاح عن بيانات مؤثرة في التعاقد، لا يؤدى الى التدليس، مادام هذا السكوت غير عمدى. وقد أوضحت المادة ١٢٥/ ٢ مدنى «يعتبر تدليسا **السكوت عمدا**...» وكذلك الحال فى الافعال الايجابية.

وتتوافر **نية التضليل**، عندما يكون المدلس عالما بالطبيعة الكاذبة او

التغـريرية لما صدر منـه، من أقوال أو أفعـال، وانه يسعى بهـا الى دفع الطرف الاخر الى ابرام العـقد. ويتـوافر هذا الوصف، اذا توافر المعنـى السابق، بغض النظرعما اذا كان المدلس يسعى الى الحاق ضرر محدد بالمدلس عليه، أم انه لم يكن يسعى الى هذا الـهدف المحدد. وبمعنى اخـر فان التدليس يتـوافر ولو لم يقـصـد المدلـس الحـاق ضـرر بالطرف الاخـر، ويكفى ان يـكون قـد ارتكب الوسائل التدليسية عمدا وبنية دفعه الى ابرام العقد فحسب.

ومن الأمـثلة على تخلف نيـة التضليل فى ذاتهـا التـاجر الذي يبـالغ فى الإخراج الحسن للسلع التى يعـرضها للبيع، بقصد جـذب العملاء. ففي هذه الحالة لا يتوافر التدليس، لتخلف نية التـضليل (وان كان للمشترى أن يتمسك بالغلط اذا توافـرت شروطه وكـذلك الحـال لو عرضت شـركة عـقارا للبـيع وذكرت انه يدر ايرادا يزيد زيادة يسيـرة عن الايراد الحقيقى، فضـعف التأثير، فى مـثل هذه الحالة، يعـد قرينة على انـتفـاء نية التـضليل. كمـا ان هناك من الفروض ما قـد ترتكب نية الوسائل الاحـتياطية، بنيـة التضليل، ومع ذلك لا تصادف متعـاقدا فى حينه يندفع الى التعاقد اسـتنادا اليها، ثم يمر وقت طويل، ويقدم شخص آخر على التعاقد متأثرا بالوسائل السابق ممارستها، ويتم التعاقد بالفـعل ولكن دون ان يكون لدي صـاحب السلعة نيـة التـضليل السابقـة[١].

وعلى العكس يتوافر الـتدليس فى كل حالة تتوافر فـيها نية التضليل مـعاصرة للعقد، ومنتجة، مع ما ارتبط بها من وسـائل احتيالية، في الدفع للتعاقد. ومن أمثلة ذلك أن تعـمد شركة للدعـاية عن طريق ما تعلنه من أقوال، ومـا تظهره من مـستندات، خـاصة اعـلان لهـا فى دليل التليـفونات الرسـمى، الى خلق

(١) راجع، السنهورى، السابق، رقم ١٨١، عبد الفتاح عبد الباقى، السابقو رقم ١٦٤، جستان، السابق، رقم ٤٢٦.

الاعتقاد بأن لديها مكنة حجز أماكن اعلانية في هذا الدليل الرسمى، ثم يتبين، بعد التعاقد، أن امكانياتها مقصورة على الدليل المحلى فى احدى المدن[(١)].

كذلك الحال لو أن بائعا عمد الى اظهار بيانات خاطئة عن الدين الذى يثقل العقار المبيع، وعدم استحقاق شئ منه أو من فوائده، وقت تحرير العقد، مما دفع المشترى الى الشراء، ثم يتبين للمشترى أن البائع كان قد أخفى عنه البيانات الحقيقية، مما ترتب عليه نزع ملكية العقار المبيع لمصلحة الدائن: كل ذلك يعد تدليسا يؤدى الى ابطال العقد[(٢)]. أيضا لو أن شركة، وهى فى وضع متعثر وصلت فيه قيمة اسهمها الى العدم، قامت باستبدال هذه الاسهم باخرى غير ذات قيمة حقيقية، بقصد التغرير بالمتعاقدين وايهامهم بحالة رواج مزيفة في الشركة، وصولا الى دفعهم لشراء أسهمها[(٣)].

وهكذا فى الأمثلة التى سبق ذكرها فى بداية عرض موضوع التدليس[(٤)].

---

(١) جستان، السابق، رقم .

(٢) استئناف القاهرة، ٣١/ ١٢/ ١٩٣٦، المحاماة -١٧- رقم ٣١٢.

(٣) نقض تجارى فرنسى ٣ ديسمبر ١٩٦٨ بلتان المدنى- ٣- وقم ٣٤٢.

(٤) تعاقب بعض التشريعات على الاعلانات الدعائية الكاذبة، ففي فرنسا صدر قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ فنص فى المادة ٤٤ على منع كل الاعلانات التى تتضمن علي اي نحو كان، ادعاءات او اشارات، أو تصويرات مزيفة يكون من شأنها أن توقع في الغلط عندما ترد على أحد او بعض العناصر الاتية : وجود السلعة، طبيعتها، التركيب، الصفات الجوهرية، النوع، الجنس، الكمية، أسلوب وتاريخ التصنيع، الخاصية، الثمن وشروط البيع للخدمات والسلع محل الاعلان، شروط الاستعمال، النتائج المتوقعة للاستعمال.. الخ. ومن التطبيقات التى جرت لهذا المنع أن شركة مشروب تانج Tang كانت قد أجرت اعلانا دعائيا ظهر فيه صورة فواكه طازجة الى جانب زجاجة المشروب المعلن عنها مما يوحى بأنه مشروب طبيعى فى حين أنه من تركيب كيماوى، الامر الممنوع قانونا لانه يوحى للجمهور بغير الحقيقة. نقض فرنسى ١٣ مارس ١٩٧٩، الاسبوع القانونى ١٩٧٩- ١٣١٠٤.

شروط ابطال العقد للتدليس:

هناك شروط أخرى يتعين توافرها، بالاضافة الى توافر العنصر المادى والعنصر المعنوى. وتتمثل هذه الشروط فى وجوب أن يصدر التدليس عن ذات المتعاقد (المدلس) وأن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد :

أولا : أن يصدر التدليس عن المتعاقد الاخر، أو أن يعلم به:

لم يكن القانون الفرنسى، وكذلك القانون المدنى المصرى القديم، يتضمن حكم حالة التدليس من جانب الغير، فقد اقتصرت المواد التشريعية (١١١٦ مدنى فرنسى و ١٣٦/١٩٩٦ من القانون المدنى المصرى القديم) على النص على حالة تعيب الرضا بالتدليس اذا كان مترتبا على الحيل المستعملة من المتعاقد الاخر بحيث لولاها لما تعاقد. بمعنى أن هذه النصوص لم تكن تعرض للتدليس الصادر من الغير. وكان تبرير هذا القصور التشريعى يستند الى مقولة خاطئة حاصلها أنه لا يجوز إعمال البطلان اذا كان التدليس صادرا عن الغير، لأن المتعاقد الاخر لا ذنب له في ارتكاب هذه الحيل، وليس للمدلس عليه، بالتالى، الا ان يرجع بالتعويض، على من ارتكب التدليس، وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية. وقد طبق القضاء الفرنسى، ومازال يطبق شرط ان يصدر التدليس من المتعاقد الاخر، وذلك من حيث المبدأ. ولكن هذا القضاء استثنى من هذه القاعدة عدة حالات اجاز فيها القضاء بالبطلان النسبى، رغم صدور التدليس من غير المتعاقد الاخر، وتتمثل هذه الحالات فى ثلاثة صور، تقوم على منطق العدالة:

- **التصرفات التبرعية**، فاذا كان المتبرع قد أجرى التصرف، تحت تأثير تدليس، من جانب الغير، فان التصرف يكون قابلا للبطلان، دون أى شرط

اضـافى. وهذا الحكم يتـفق مع العدالة ومع المـنطق القانونى. فـالمتـبرع يقـوم بتبرعـه بنية محدددة، وهى نيـة اعطاء المال بدون مقابل (بنيـة التبرع)[١]، فاذا كان التصرف قد صدر عنه تحت تأثير وسائل احـتيالية ارتكبها الغير، فان ذلك يثبت ان نية التـبرع لـم تكن متوافـرة حقيقة. يضـاف إلى ذلك ان إبطال العقد يلحق ضررا اقل بالنسبة للمـتبرع له منه بالنسبة للمعاوض، فـهو- المتبرع له- أخذ مالا دون مقـابل، فليس له ان يشكو اذا ابطل التصرف لانتفاء نيـة التبرع الحقيقـية لدى الواهب. وهذا المعنى يتفق كما سـبق مع المنطق القانونى العام، لأن هذا المعنى يضفى حـماية إقل، للمتـبرع له من الحمـاية التى يسبغـها على المعاوض، وهو مـا يتبدي، فى مجـالات اخرى، كمـا هو الحال فى الطعن في التـصـرفـات بالدعـوى البـوليصـية (حـيث يشـتـرط توافـر الغش فى حـالة المعاوضات دون التبرعات) (م ٢٣٨ من القانون المدنى المصرى الحالى).

- وحاصل كل ذلك أنه اذا صـدر تصرف تبرعى من شخص فـيجب ان يكون هذا التصـرف سليما تمـاما خاليا مـن أية شائبة تعكر صـفو نية المتـبرع، سواء صادرة عن المتبرع له أو عن غيره[١].

- ان التـدليس الصـادر من الغـيـر يوجب الابطال، **اذا صـدر عن نائب المتعاقد الآخر**. فالنـائب يقوم مقـام الاصيل حـتى فى مثل هذا الشـأن، وتلزم الثانى آثـار افعال الاول، ومنهـا اسـتـخدام الوسائل الاحـتيـالية لابرام العـقد.

---

(١) راجع : حكم لمحكمة Pau ١٧ ديسمبر ١٩٥٣، دالوز ١٩٥٤، ملـخص ٢١ فى شأن عقد الكفـالة، وراجـع: نقض فـرنسى عـرائض ٢ ينـاير ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٨-١-١٣٦ فى شـأن الوصية، مازو وشابا ووجوجلار، السابق، رقم ١٩٢، كاربونييه، السابق رقم ٢٣، السنهورى السابق، رقم ١٨٣، عبد الفتاح عبد الباقى، السـابق، رقم ١٦٥.

والنائب، هو كل من يتولى عملا نيابة عن الاصيل ولحسابه، سواء كان نائبا قانونيا كالولى، أو اتفاقيا كالوكيل، أو قضائيا كالحارس القضائى. كذلك الحكم لو كان المتعاقد، المستفيد من التدليس، شريكا للمدلس فيما ارتكبه من افعال تغريرية(١). بل يكفى أن يكون المتعاقد الاخر علي علم بالتدليس واستفاد منه. غاية الأمر انه يقع على عاتق طالب الابطال، فى هذه الحالة الاخيرة، أن يثبت هذا العلم المشار اليه(٢).

ويلاحظ أن للمدلس، فى حالة التدليس الصادر عن الغير، أن يرفع دعوى الابطال على بساط نظرية الغلط فحسب، بأن يثبت أنه وقع في غلط جوهرى لولاه لما قبل التعاقد، وفى هذه الحالة يكون اثبات الوسائل الاحتيالية دليلا مساعدا في اثبات الوقوع فى الغلط(٣).

ويلاحظ أن هذه الاتجاهات السابقة، هى ما يتفق مع المفهوم الرئيسى لنظرية عيوب الارادة. فهذه النظرية تستهدف حماية الرضاء من التعيب، وان هذا الاثر الاخير ينظر اليه وفق منظور ذاتى وشخصى، تقييما لمدى تأثر الارادة بما حاق بها من ظروف، وهو ما ينتهى الى وجوب التسوية بين تدليس صدر من المتعاقد وآخر صدر من الغير. ولا يبقى بعد اقرار مبدأ التسوية الا وضع ضابط يحافظ على القدر الادنى من التوازن بين الطرفين، وعلي استقرار المعاملات. وهذا الضابط لابد أن ينأى بالعقد عن البطلان اذا كان المتعاقد

(١) راجع: نقض فرنسى عرائض ١٧ أكتوبر ١٩٣٤، دالوز ١٩٣٤ - ص ٥٢٢.

(٢) راجع: حكم لمحكمة النقض المصرية فى ١٨ مايو ١٩٣٣، مجموعة عمر-١- رقم ١٢٣ حيث اعتدت المحكمة - فى ظل القانون المدنى القديم- بالتدليس الصادر من الغير اذا كان متواطئا مع المتعاقد.

(٣) راجع : مازو وشابا، الموضع السابق، جستان، السابق، رقم ٤٣٦.

الاخر، أثناء المفاوضـات، حسن النية تماما، أى لا يعلم بالتـدليس الصادر عن الغير، ولم يكن باستطاعته أن يعلم بذلك.

- لذلك جاء القانون المدنى الحـالى فنص صراحة فى المادة ١٢٦ على أنه «اذا صدر التدليس من غير المتعاقـدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، مـا لم يثبت أن المتعاقـد الآخر كان من المفروض حـتما أن يعلم بهذا التدليس».

ومعنى ذلك **أن الأصل براءة العقد من العيب اذا كان التدليس صادرا من غير المتعاقدين**. ولكن يجـوز للمدلس عليـه أن يقيم الدليل عـلى أن المتعـاقد الاخـر كان شـريكا فى التـدليس أو انه كـان يعلم به، أو على الاقل كـان فى استطاعته ان يعلم به. ويعلق الاستاذ السنهورى على هذا المعنى بقوله «فاذا لم يثبت شئ من ذلك، فان العـقد لا يكون باطلا لا للتـدليس ولا للغلط. وهذا عدل، لاننا لو أبطلنا العقـد فى هذه الحالة فللمتعاقد الاخـر، وهو حسن النية، ان يطلب تعويضا، وخـير تعويض هو بقاء العـقد صحيحـا. وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض، لا على الارادة الحقيقية»[(١)].

ويلاحظ أنه اذا آل الأمـر، في نهـاية المـطاف، الي رفض دعـوى الابطال لحسن نـية المتعـاقد الآخـر، وانقطاع صلته بـالتدليس الصـادر عن الغيـر، فان للمـدلس عليه، بصـفتـه مضـرورا، ان يطلب تعويضـا ماليـا عمـا لحق به من اضـرار. وقد قضت مـحكمة النقض الفرنسية ان تطبـيق نصوص التدليس لا يستبعد تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية، القائمة على الخطأ الواجب الاثبات

---

(١) السنهـورى، السـابق، رقم ١٨٤ ٠ يلاحظ أنه في حـالة عـدم توافر شـروط الابطال يجـوز للمتعاقد المضرور من التدليس، أن يقيم دعواه بالتعويض ضد مرتكب التدليس.

(م١٣٨٢ مدنى فرنسى وتقابلها المادة ١٦٣ من القانون المدنى المصرى) سعيا الى تعويض المضرور عما ما لحق به من ضرر نتيجة التدليس[(١)].

والحديث عن المسئولية العقدية بسبب التدليس يوضح أن التدليس يستثير أولا، وبالنسبة للمتعاقد المدلس عليه، دعوى بالابطال التى تستند الى المواد ١١١٦ مدنى فرنسى و ١٢٥ وما بعدها من القانون المدنى المصرى. كما ان التدليس يثير ثانيا دعوى المسئولية التقصيرية قبل المدلس، ولو كان من غير المتعاقدين، عن خطأ تقصيرى ارتكبه اثناء تكوين العقد. كما قد يكون الخطأ التقصيرى قبل العقد تماما كما، لو اكتشف التدليس أثناء المفاوضات وأدى الى قطعها وعدم استكمال العملية العقدية.

وعندما تقوم دعوى التعويض على اساس الخطأ التقصيرى فانه لا يلزم أن يكون خطأ المدلس عمديا، اذ يكفى ان تتوافر في مسلك المدلس مواصفات الخطأ بالمعنى العام فى المسئولية المدنية، أى الاهمال والرعونة وعدم الحيطة بما يخرجه عن سلوك الرجل المعتاد من أواسط امثاله. وقد يتمثل الخطأ التقصيرى أخيرا بعيدا عن نظرية التدليس بالمعنى الدقيق، في عدم التزام المتعاقد بواجب التبصير أو بواجب النصيحة قبل العقد، وفقا للمواصفات التى يستظهرها الفقه الحديث[(٢)].

---

(١) نقض مدنى فرنسى أول و ٤ فبراير ١٩٧٥ الاسبوع القانونى ١٩٧٥-٢- ١٨١٠٠ وتعليق لاروميه، ودالوز ١٩٧٥- ص ٤٠٥.

(٢) راجع : جستان، السابق، رقم ٤٤٠.

ثانيا: أن يكون التدليس دافعا الى التعاقد: التدليس الاصلى والتدليس العرضى:

يشترط فى التدليس لكى يؤدى الى ابطال العقد أن يكون دافعا الى التعاقد، بمعنى أنه لولا التغرير بالمتعاقد لما أبرم العقد. وهنا يأخذ التدليس مغزاه الكامل، باعتباره عيبا من عيوب الارادة. فالأثر الهام للتدليس يتمثل فى خداع المتعاقد المدلس عليه، على نحو يثبت معه انه لو لم يخضع للتصور الخاطئ الناشئ عن التغرير به، لما كان قد أبرم العقد. وهو ما عبرت عنه المادة ١٢٥ مدنى بقولها «.. من الجسامة بحيث لولاها (الوسائل الاحتيالية) لم أبرم الطرف الثانى العقد». ومعنى كل ذلك أن يكون التدليس حاسما فى اتجاه خلق الغلط المؤدى الى ابرام العقد.

غير أن من ضروب التدليس ما هو أقل اثرا مما سبق ذكره ويسمى بالتدليس العرضي. فقط تؤدى الوسائل الاحتيالية الى ايقاع المتعاقد الاخر في الغلط، ولكن هذا الغلط لا يكون دافعا الى ابرام التعاقد، بل دفعه فقط إلى التعاقد بشروط أسوأ. أى أن المتعاقد كان سيبرم العقد على أى حال، ولكن التدليس جعله يبرمه بشروط ما كان ليقبلها لولا انه وقع ضحية التدليس. ومن أمثلة ذلك ان يقدم بائع عقار للمشترى مستندات وهمية عن عائد العقار بما يجعله يقبل دفع ثمن اكبر مما كان يدفعه لو علم بالحقيقة. وكذلك من يستعين بشخص للمزايدة فى شراء عقار بحيث يشتريه اخر بثمن اعلى مما يستحق. في مثل هذه الحالات قد يتبين أن أثر التدليس قد اقتصر على قبول الثمن الاعلى، أو قبول الشروط الأبهظ، ولكنه لم يكن دافعا الى التعاقد فى ذاته. وفى ذلك تقرر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى انه «اذ لم يكن من اثر

التدليس دفع من دلس عليه الى التعاقد، وانما اقتصر اثره على استدراجه الى قبول شروط أشد وقرا مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع، فلا يعتبر عيبا من عيوب الرضا، بل يعتبر تقصيرا أو خطأ من جانب المدلّس تترتب عليه مسئوليته، ويعطى الحق فى طلب التعويض سواء وقع التدليس من أحد المتعاقدين أو من الغير»[١، ٢].

ويضاف الى هذه الحالة السابقة، للتدليس العرضى، التدليس اللاحق على ابرام العقد، فهذا التدليس لا يمكن ان يكون دافعا الى التعاقد بطبيعة الحال، وبالتالى فهو تدليس عرضى قد يستوجب التعويض، ولكنه ليس سببا لأبطال العقد[٣].

وواضح مما سبق أن جزاء التدليس العرضى هو إزالة الأثر المترتب على هذا التدليس، بتخفيض الثمن، أو تخفيف الشروط المبهظة، أو التعويض الذى يزيل هذه الآثار وفقا لظروف الحال.

وقاضى الموضوع هو الذي يقدر، عند المنازعة، طبيعة التدليس، وهل هو تدليس أصلى أم تدليس عرضى، على أن يكون تقديره قائما على أسانيد وملابسات صحيحة من واقع النزاع ومستنداته.

وقد طبقت بعض الاحكام القضائية فى فرنسا فكرة التدليس العرضى فى شأن بيوع المحلات التجارية. فقد جرى العمل على أن يعمد بعض البائعين الي المغالاة، بوسائل احتيالية، فى اظهار حجم مالية المحل المبيع، أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية -٢- ص ١٧٤.

(٢) راجع : مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ١٩٤.

(٣) مازو وشابا، السابق، نقض مدنى فرنسى ٣ أبريل ١٩٦٨ بلتان المدنى -٣- رقم ١٥٦.

قيمة مخزونه السلعي، بقصد دفع المشترى الى دفع ثمن أعلى. وقد رفضت هذه الاحكام الابطال للتدليس مكتفية بتعويض المشترى فى صورة تخفيض ثمن البيع(١).

المقارنة بين الغلط والتدليس:

أشرنا فيما سبق إلى أن ما يعيب الارادة فى حالتى التدليس والغلط، هو في نهاية المطاف وقوع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد. وأن الفارق بين النظريتين انه في نظرية الغلط يكون الغلط تلقائيا، نابعا من ذات المتعاقد وتصوره الخاص والشخصى، أما فى حالة التدليس فان الغلط مستثار، أى استشاره المتعاقد الاخر بما افتعله من وسائل تغرير واحتيال.

ويذهب رأى إلى انه طالما أن النتيجة واحدة، وهى الغلط، فان الغلط يغنى عن التدليس، ففى جميع الحالات التى يعرض فيها التدليس، فلابد لابطال الغلط من أن يكون التدليس قد أدى الى وقوع المتعاقد الاخر في غلط دفعه الى ابرام العقد. وبالتالى فان كل عقد يبطل التدليس، هو عقد يبطل للغلط. ويترتب علي منطق هذا القول أن نظرية الغلط تكفى لحماية المتعاقد وتغنى عن نظرية التدليس. أما التدليس فهو لا يغنى عن الغلط، لأن ارتكاب وسائل احتيالية فى ذاته لا يؤثر على صحة العقد، فلابد للابطال من أن ينتج عن التدليس غلط دافع الى التعاقد(٢).

---

(١) راجع : حكم لمحكمة Douai ١٦ يناير ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨-٢-ص ٥، وحكم لمجلس الدولة الفرنسى فى ١٩ ديسمبر ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤- ص ٥٢.

(٢) راجع فى الموضوع : السنهورى، السابق،، رقم ١٨٥، ١٨٦، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٦٩.

وقد رتب بعض الفقه على المفهوم السابق، نتيجة هامة، وهى أنه لم تعد ثمة فائدة، في القانون المدنى المصرى الحالى، للابقاء على نظام التدليس باعتباره عيبا من عيوب الارادة، فالغلط يعيب الارادة اذا كان جوهريا ومتصلا بالمتعاقد الآخر، على نحو ما سبق ذكره، والتدليس يؤدى الى ذات النتيجة وبذات الشروط، أى أن يكون دافعا الى التعاقد ومتصلا بالمتعاقد الاخر. وفى الحالتين الأمر هو أمر غلط جوهرى، علم به المتعاقد الآخر، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. وبالتالى نجد أنفسنا فى حالة تكفى قواعد الغلط ذاتها لاعتبار الرضاء فاسدا يجيز طلب الابطال.. وهكذا.. لم تعد هناك فائدة تذكر من الابقاء على نظام التدليس، باعتباره عيبا يشوب الرضاء، اذ أن نظام الغلط يمكن له أن يغنى عنه»[١، ٢].

والحقيقة، أننا لا نرى وجه أهمية كبيرة للجدل حول الاستغناء عن نظرية التدليس أو الابقاء عليها. فلا شك ان هناك تقاربا بين النظريتين، من منظور الملاحظات السالف ذكرها. غير أن الامر يبقى منوطا بوجود أهمية خاصة لنظرية التدليس وما تستثيره أحكامها من فوائد واضحة:

- فمن ناحية نطاق تطبيق كل من النظريتين، يبدو أن ابطال العقد للتدليس أوسع نطاقا. وقد سبق أن أشرنا الى جانب من ذلك. فبعض صور الغلط قد لا تؤدى إلى ابطال العقد، اذا كان الغلط تلقائيا، غير مصحوب بتدليس. فالغلط فى البواعث الشخصية للمتعاقد لا يؤدى الى الابطال. وهو

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق.

(٢) راجع : جستان، السابق، حيث يلاحظ اتجاه القضاء الفرنسى للتقريب بين احكام الغلط وأحكام التدليس.

حل يتفق مع مقتضيات استقرار التعامل، وما يستوجبه هذا الاستقرار من عدم التضحية بمصالح الطرف الاخر. أما اذا كان الغلط مستثارا بوسائل احتيالية، فان للقاضى أن يحكم بالابطال، حتى ولو وقع الغلط المستثار على بواعث شخصيه محضة(١). فمثلا لو أن موظفا اشترى وحدة سكنية في مدينة اعتقد انه عين فيها، أو نقل اليها، فاذا كان هذا الاعتقاد قد بنى على تصور ذاتي وشخصى خاطئ، دفعه الى ابرام العقد، فلن يكون هناك وجه لابطال العقد لمجرد هذا الغلط الذاتى. أما اذا كان البائع هو الذى دفعه الى هذا الاعتقاد بوسائل احتيالية مما دفعه الى التعاقد، فان من السهل الحكم بابطال العقد(٢).

يضاف الى ذلك أيضا الحالات التى يستبعد فيها القانون الاعتداد بالغلط فى بعض العقود، كما هو الحال فى الصلح، فان هذا الاستبعاد ينطبق على الغلط التلقائى ولا ينطبق على الغلط الناتج من التدليس.

ومن ناحية ثانية، فمن فوائد نظرية التدليس، وكما سبقت الاشارة فى موضع سابق، سهولة اثباته من خلال اقامة الدليل على الوسائل الاحتيالية، حيث يستطيع القاضى ان يقدر توافرها مما يتوافر أمامه من ملابسات أو قرائن أو شهود(٣). أما الغلط التلقائى، فيتعذر اثباته، بحسبانه حالة نفسية داخلية.

- وأخيرا، فان استخدام الوسائل الاحتيالية، هو خطأ يستوجب المسئولية

---

(١) راجع: نقض تجارى فرنسى ١٩ ديسمبر ١٩٦١، دالوز ١٩٦٢- ٢٤٠، نقض مدنى فرنسى، و ١٣ فبراير ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٧ ملخص ٧٤.

(٢) راجع : ستارك، السابق، رقم ٤٥٢.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٤ يناير ١٩٤٩ فى جازيت دى باليه ١٩٤٩-١-١٤٥.

والتعويض بذاته. ولكننا ننبه، أن ذلك لا يعنى أن الغلط لا يستوجب تعويض من وقع فيـــه، فى بعض الحـالات، وذلك أنه قــد يتـبين للقــاضى، بالأدلة المشـروعة، أن وقـوع المتـعاقـد فى غلط قـد ترتب على خطأ ارتبكه المتـعاقـد الآخر. وقـد يتمثل هذا الخطأ فـى اخلال هذا المتعـاقد بواجبـه فى الاعلام أو التحذير أو التبـصير، حتى ولو كان ذلك ناتجا من رعونة وعدم احـتياط (حتى ولو لم تتوافر فيه شروط التدليس بالسكوت العمدى)[1].

---

(١) راجع : نقض مدنى فـرنسـى ٤ فبراير ١٩٧٥، الأسبـوع القانونى ١٩٧٥- ١٨١٠٠ وتعليق لاروميه وتعليق جورى فى دالوز ١٩٧٥- ص ٥٣٧.

المطلب الثالث

الاكــراه

- الاكراه هو ضـغط، أو قهـر، أو اجبـار، يمارسه أحـد المتعاقـدين على المتعاقـد الاخر على نحو يسلب هذا الأخيـر حرية الاختيار، ويدفـعه بالتالى، الي ابرام العـقد بارادة معـيبـة. والعبـرة ليست بالاكراه، الـذي يعيب الارادة، ولكن العبـرة بما تولد فى نفس المتعاقـد من رهبة، أو خشـية، دفعـته الى ابرام الاتفـاق. وقد قضـت محكمـة النقض المصرية بأن الاكـراه «يتحـقق بتهـديد الطرف المكره بخطر جسـيم محـدق بنفـسه أو بمالـه، ... وان تقدير وسـائل الاكراه ومبلغ جسـامتها وتأثيرها على نفس المكره أمور مـوضوعية..» (نقض مـدنى ١٠/ ١١/ ١٩٩٤ مـجـمـوعـة الاحـكام س ٤٥ - الجـزء الثـانى، ص ١٣٦٨).

والاكراه كعيب يفـسد الرضاء معروف فى معظم القـوانين، القديم منها والحديث. وقد كـان القانون الرومانى ينظمه باعتـباره من الظواهر المنشرة في المجتـمعـات القديمـة، خاصة المـتخلف والبـدائى منها. وقـد استلهم القـانون الفرنسى أحكام هذا النظام من القانون الرومانى[١].

وفى الشريعة الاسلامية، أولى فقهـاؤها اهتماما كبيراً لظاهرة الاكراه فى التعاقد. وقد وضعوا له تعريفا دقيقا هو ان الاكراه «حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشـرته لو خلى الى نفسه». وهو تعريف يبرز الاكراه كظاهرة تفسـد الرضاء، وتفسد حـرية الاختيار بين امـضاء العقد أو رفـضه.

---

(١) راجع رسالة من Caen بفرنسا: بريتون Breton عن مفهوم الاكـراه كعيب فى الارادة ١٩٣٥، محمد على عمران، مصادر الالتزام، ١٩٨٤ ص ١٠٦.

ويشترطون فيه أن يكون جسيما وأن يكون بغير حق (أى مخالف للشرع) وأن يقع الاكراه من شخص قادر على تحقيق ما هدد به. فاذا توافرت هذه الشروط أنتج الاكراه أثره فى بطلان العقد عند البعض (المذهب الشافعى) أو في فساده عند البعض الآخر (المذهب الحنفى) مادامت الخشية كانت هي الدافعة الى التعاقد. والاكراه يرتب الاثر السابق، فى الفقه الاسلامى، ولو وقع من غير المتعاقد الاخر، حتى ولو كان غير متصل بهذا الاخير. والاكراه هو عيب الارادة الوحيد الذي عالجه الفقهاء المسلمون من منظور قريب من منظور عيوب الارادة في القانون الوضعى.

واذا عدنا الى الحديث عن الاكراه، وأثره على العقد، فى القوانين الوضعية، لابد أن نلاحظ ابتداء أن علاقات الناس تسير فى خضمٍ الحياة مشوبة بكثير أو قليل من عوامل الضغط أو الخشية أو الحاجة الشديدة. ففى كثير من الحالات لا يقدم الشخص على التعاقد برضاء حر على نحو مطلق فالحياة تتضمن اكراها للانسان بدرجات متفاوته، فيما يقدم عليه من تصرفات. فقد يقدم شخص على التعاقد تحت ضغط الحاجة الشديدة للمال، لاسباب عائلية تخصه، وقد تكون الخشية من المسئولية التأديبية، أو الاخلاقية، أو الدينية دافعا للتصرف. وقد تتولد الرهبة من ظروف طبيعية أحاطت بالمتعاقد ودفعته الى ابرام الاتفاق. وقد يبرم الانسان العقد توقيا لتهديد بخطر جسيم وجهه اليه المتعاقد الاخر في نفسه أو ماله، أو نفس الغير أو ماله، فاختار ابرام العقد كاهون الاضرار. وأخيرا قد يصل الاكراه الى ذروته متمثلا فى اكراه مادى يعدم الاختيار تماما، كأن يمسك شخص بيد آخر، ويجبره عنوة على التوقيع على عقد، مما يعدم رضاءه تماما.

والاكراه فى هذه الصورة الأخيرة، ليس محلا للدراسة ضمن عيوب الرضاء، **لأنه ليس مفسدا لهذا الرضاء بما يجعل العقد قابلا للبطلان، ولكنه يعدم الارادة تماما، بما يلقى بالعقد فى أتون البطلان المطلق.**

- **أما الاكراه كعيب فى الارادة** فهو المتولد عن خشية لا ينعدم فيها الرضاء، ولكن الخشية تفسده، بما حصيلته أن المتعاقد قد اختار ابرام العقد، ولكن تجنبا لخطر اخر. وبتعبير آخر، اختيار الضرر الاقل (وهو ابرام العقد).

أحكام الاكراه فى القانون المدنى المصرى:

نصت على هذه الأحكام المواد ١٢٧ وما بعدها من القانون المدنى المصرى. فقد نصت المادة ١٢٧/ ١/ على أنه« **يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق.** وكانت قائمة على أساس «٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن **خطرا جسيما محدقا يهدده، هو أو غيره،** فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال «٣- ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه».

كما نصت المادة ١٢٨ على أنه «اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم **أو** كان من المفروض أن يعلم بهذا الاكراه».

ويتضح من هذه النصوص ان هناك شروطا ثلاثة للاكراه:

الشرط الأول: يتعلق بالعنصر المادى وهو استخدام وسائل اكراه تهدد بخطر جسيم :

وهذه الوسائل قد تكون **مادية** وقد تكون **معنوية**. ومن أمثلة الاكراه

المادى الامساك بيد شخص ودفعه الى التوقيع عنوة. وقد أشرنا أن هذه الحالة لا يتعيب فيها الرضاء، بل يكون معدوما. ونعتقد أن الحال كذلك فى صنوف الاكراه المادى الاخرى التى لا تترك للشخص خياراً ازاء ابرام العقد، أي تلك التى لا يكون فيها أمامه سوى خيار واحد، وهو التوقيع. ومن قبيل ذلك ، خطف شخص، في مكان مهجور ومنعزل، وقسره على ابرام العقد، تحت وطأ التعذيب. ففى هذه الحالة، يكون الرضاء أيضا معدوما، وليس متعيبا فقط. أما وسائل الاكراه المعنوية فهى الاكثر تصوراً في افساد الرضاء، وهى التى تتمثل فى التهديد بخطر جسيم. ومن قبيل ذلك التهديد بالخطف، والتهديد باطلاق الرصاص، والتهديد بالتشهير والفضيحة.. وأحيانا التهديد برفع دعوى قضائية تعسفية تسيئ للشرف أو الاعتبار.

ويشترط فى وسائل الاكراه التى تعيب الرضاة عدة شروط :

١ - أن يكون **الخطر المهدد به حالا أو محدقا**. وهو ما يعنى ان التهديد بخطر غير محدق أو غير حال لا قيمة له، مادامت ظروف الحال تبنئ عن انه كان فى مقدور المتعاقد ألا يخضع له. وهذه المسألة من مسائل الواقع التى يقدرها القاضى من خلال ظروف التعاقد وملابساته مقرونة بحالة المتعاقد النفسية والصحية، ومدى تأثره بالاكراه حالا. فقد يستبين للقاضي أن الخطر لم يكن محدقا بالمقياس الموضوعى المجرد، ولكنه، فى ظروف الدعوى المعروضة، كان قد أحدث فى نفس المتعاقد الاحساس بالخطر المحدق والحال، فالعبرة، فى تقدير هذه المسألة، هى بما ترتب على استخدام الوسائل من نتيجة حالة دفعته إلى ابرام العقد[1].

---

(١) راجع : السنهورى، السابق، رقم ١٩٤، مازو وشابا، السابق، رقم ٢٠٢. وراجع نقض ٨/ ١٢/ ١٩٩٤ مجموعة الاحكام س ٤٥ الجزء الثانى، ص ١٥٦٧.

٢- بالنسبة لطبيعة وسائل الاكراه، لابد أن تكون **وسائل غير مشروعة** سعيا الى **هدف غير مشروع**[١].

فلا اكراه اذا استخدم شخص وسائل اكراه مشروعه توسلا الى تحقيق هدف مشروع، كمن يهدد برفع دعوى قضائية، أو بشكوى، للحصول على حقه، وكمن يهدد بتوقيع الحجز على مدين لاستيفاء دينه. كذلك الحال لو أن مستأجراً متهم بالسرقة وقَّع على اتفاق بفسخ الايجار تحت التهديد بابلاغ السلطات العامة عن السرقة، والدائن الذى يحصل على رهن على عقار مدينة تحت تهديده بالحجز على أمواله، والأب الذى يوقع كفالة لمصلحة ابنه خوفا من تهديد دائنيه بالحجز على أموال الابن، وكذلك صاحب العمل الذى يوافق على زيادة الاجور تحت تهديد الاضراب فالأمران مشروعان (رفع الاجر والحق في الاضراب)... الخ.

ويلاحظ فى مقام الحديث عن **مشروعية الوسيلة والغاية، أن هناك فروضا تتعيب فيها الارادة، رغم مشروعية الوسيلة**، اذا استخدمت هذه الوسيلة بطريقة تعسفية. فمن حق كل شخص أن يلجأ للقضاء مطالبا بحق او تعويض، لكى يقول القضاء كلمته في النزاع. أما ان يهدد شخص برفع دعوى قضائية بطريقة تعسفية للحصول على ما يمكن أن يكون أكثر من حقوقه، فيضطر الاخر الى الاستجابة له باتفاق ظالم، فان ذلك يمكن أن يدخل تحت بند الاكراه. ومن قبيل ذلك أن يهدد زوج زوجته، بمناسبة ارتكابها لجريمة الزنا، بالابلاغ عنها ما لم توقع له على اعتراف بمديونية مبالغ فيها، تحت زعم تعويضه عما اصابه من اضرار. هذا الاتفاق يمكن ابطاله

(١) «رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق» مادة ١٢٧/ ١ مدنى.

للاكراه. ومن قبيل اعتبار التعسف فى التقاضي مكونا لاكراه، يقدم القضاء الفرنسى مثالا مثيراً يتمثل فى توافر الاكراه فى حالة كان فيها أحد الاشخاص قد هدد اخر، ابان تحرير فرنسا من الاحتلال النازى، بتقديمه الى احدى المحاكم الاستثنائية. فرغم ان التهديد كان بوسيلة مشروعة، الا ان محكمة النقض الفرنسية اعتبرته استخداما تعسفيا للوسيلة، باعتبار ان ذلك القضاء الاستثنائى كان ينظر اليه، في حينه، نظرة سيئة من الناحية الادبية(١).

واذا استقام أمر الوسيلة، التى يتم بها التهديد، فلابد أن **تكون الغاية مشروعة** تماما، ومتعلقة، بل ومتفقة مع طبيعة الحق الذى يتم التعاقد عليه. فيتوافر الاكراه عند التهديد باستخدام وسيلة مشروعة، ولكن للحصول على ميزة اضافية غير قانونية، ويكون الجزاء هو ابطال الاتفاق على هذه الميزة الاضافية، كمن يحصل من المدين على اتفاق يتجاوز المديونية تحت التهديد باشهار افلاسه مثلا.

٣ - أن ينصب **الاكراه على شخص المتعاقد أو على الغير، فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال** (م ١٢٧/ ٢ مدنى). والأصل أن يفزع الانسان اذا تهدده خطر جسيم فى نفسه أو ماله، أو نفس أو مال قريب عزيز عليه. وقد حصرت المادة ١١١٣ من القانون المدنى الفرنسى الاشخاص، غير (المتعاقد) الذى قد يقع عليهم التهديد المفسد للرضاء، فى الزوج والاصول والفروع، باعتبار أن هذه الطائفة تمثل اقرب الناس الى المتعاقد وبالتالى يفترض أن أرادته تتأثر بما قد يتهددهم من خطر جسيم فى النفس أو المال. وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يشترط أن يتهدد الخطر المتعاقد أو أحد اقاربه دون تحديد لدرجة قرابة معينة. غير ان الامر انتهى باستبعاد هذا

التحديد، بل جاء نص المادة ١٢٧/ ٢ مدنى مطلقا حتى من قيد صلة القرابة وشملت الاكراه الذي يقع على الغير عموما (ولو لم يكن قريبا)، مادام هذا الغير عزيز على المتعاقد، أو على الاقل تربطه به علاقة تجعل ما يحدق به من خطر مؤثرا على المتعاقد ودافعا له الي ابرام العقد. والامر رهين بتقدير القاضي من حيث الواقع، وبتقديره للصلة الموجبة لتأثر المتعاقد بالخطر الذي يتهدد الغير.

٤ - النفوذ الأدبى وهل يصلح اكراها يفسد الرضاء ؟

فى مجال العلاقات بين الناس، قد تقوم صلة أدبية تضع أحد الطرفين تحت اكراه أدبى من جانب الطرف الآخر، كعلاقة المواطن المتدين برجل الدين، وعلاقة الزوجة بزوجها، والابن بأبيه، والقاصر بوصيه أو وليه. وقد يمكن الادعاء، فى بعض الحالات، بالاكراه الدافع الى التعاقد فى مثل هذه الظروف: هل يعتبر خضوع شخص لآخر، بابرام عقد، نزولا على النفوذ الأدبى، مكونا للاكراه المفسد للرضاء؟ لاشك ان فى مجريات الامور، فى الحياة العادية، ما يسمح بمثل هذه الحالة، دون ادعاء باكراه، بالمعنى القانونى، غير ان ذلك مشروط بأن يكون الغاية، من وراء ممارسة النفوذ الادبى، **غاية مشروعة، وغير متجاوزة للحدود القانونية والعادلة**. وقد جاء فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى ما يؤكد هذا المعنى فى م ١٧٨/ ٢ منه، فمجرد النفوذ الادبي فى ذاته لا يعيب العقد، وانما يعيبه اذا صحبه اكراه تضمن تأثيرا غير مشروع، بقصد الابتزاز «الفاحش أو المنفعة المفرطة»[1]. وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه لا وجه للطعن بالاكراه على عقد أبرم بين أخ وشقيقتيه اذا لم يستعمل الأخ أى وسيلة من وسائل الضغط على أختيه المتزوجتين

---

(١) راجع : مجموعة الاعمال التحضيرية -٢- ص ١٨٥ و ص ١٨٦.

المستقلتين عنه، خاصة اذا كان هناك خلاف بين الطرفين. وأن العقد المطعون عليه كان قد ابرم على يد لجنة من العمد المشاريخ، فلا يمكن أن يقال أن وسائل الضغط متى حصلت من الأخ على أختيه احدثت عندهما خوفا شديدا حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختيارا[١]. كما قضت محكمة النقض بأن مجرد النفوذ الادبى أو هيبة الأقارب لا تكفى لبطلان العقد، بل يجب ان يقترن ذلك بوسائل اكراه غير مشروعة[٢]، كما قضت بأنه اذا كانت المحكمة قد اثبتت بأدلة مقبوله أن حصول المشترى على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الاكراه بل بطريق الاقناع والتأثير البرئ... وأن وقائع الاكراه التى ادعتها، على فرض صحتها، لم تكن لتؤثر فى نفسها تأثيرا يحملها على التوقيع لاخيها بغير رضاء وتسليم فلا يكون ثمة محل لمجادلتها فى ذلك[٣].

ويلاحظ من ناحية أخرى ان النفوذ الادبى قد يؤدى الى توافر عيب آخر من عيوب الارادة، وهو عيب الاستغلال، أى استغلال الهوى الجامح أو الطيش البين وفقا للمادة ١٢٩ مدنى. وقد قضى بهذا المعنى فى ظل أحكام القانون المدنى القديم، حيث انتهت المحكمة الى الحكم بالبطلان لما تبين لها من تأثير ادبى لرئيس دينى على احدى السيدات، مما دفعها الى نقض تصرفات سابقة صادرة عنها، عن طريق وقف ذات الاموال، مع تفويض الرئيس الدينى في التصرف فى ريعها للفقراء وغيرها دون حسيب أو رقيب وأن هذا التصرف صدر منها بعد ما قام فيها الرئيس الدينى بابعادها عن اقاربها واحاطتها بأعدائها، ودفعها الى التنازل عن دعوى حساب بمبالغ كبيرة.. مما يدل على أنها« كانت ضعيفة الارادة، مسلوبة الرضاء، واقعة تحت تأثير الرئيس الدينى

---

(١) استئناف اسيوط ١٢ فبراير ١٩٤٢ المحاماة - ٢٢- رقم ٢٤٤.
(٢) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٤٣، مجموعة عمر- ٤- رقم ٢٩.
(٣) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٤٥ مجموعة عمر - ٤- رقم ٢٣٧.

الذى تسلط عليهـا تسلطا جعلها تـنقاد لارادته وتتصرف وفـقا لما يمليه عليـها وتسير فى الطريق التى رسمها»[١]. وفى مقام الاكراه عن طريق النفوذ الادبي قـضت محكمـة النقض بمبـدأ ان النفـوذ الادبي المقـترن بوسـائل اكـراه غيـر مشـروعة للتوصل الى غـرض غير مـشروع يكفى لابطال التـصرف. (نقض ١٠/ ١١/ ١٩٩٤ سبقت الاشارة اليه).

٥ - خلل التوازن الاقتصادى، وهل يمكن أن يمثل اكراها ؟

لاشك أن تطور الاخلاقـيات الاجتـماعيـة، وتطور المستوى الثـقافى في المجتمع الحديث، يقلل من حالات استـخدام العنف او التهديد به بقصد ابرام التصـرفات القـانونية. غـير أن هذا المجتـمع الحديث، بدوره، قـد خلق أنماطا جديـدة من الضغط الذى يمكن انتـهازه لدفع شـخص الى ابرام عقـد، أو الى قبول شروط مـبهظة أو مجحفة بحقـوقه. ومن المجالات التى أثارت مثل هذا الضغـط علاقات العـمل الفرديـة. ذلك أن صاحب العـمل قد ينتـهز فـرصة خـضوع العـامل وتبـعيته، والتـى تتبـدى على وجـه الخصـوص، في النطاق الاقتصـادى، لكى يدفعه الى ابرام العقـد، أو قبول شروط مـجحفة. وتطبـيقا لذلك قضى فى فـرنسا بتوافر الاكـراه فى حالة تعاقدت فـيها راقصـتان على العـمل، تحت تهديـد عدم حـصولهـمـا على مستـحقـاتهـما الماليـة من رب العمل[٢]، كمـا قضى ببطلان تعديـل فى عقد ابرم بغـير رضاء حـر من أحد المتعاقدين، وكان الامـر يتعلق بتعاقد وكيل ببوع سيـارات مع الشركة المنتجة وكشف القـضاء، فى ظروف الدعوى، أن الوكـيل لم يبرم الاتفاق من مـركز مساواة فعلية، بل من مركـز ضعف واذعان اقتصاديين[٣] وبالتالى فـان تعيب

(١) استئناف اسيوط ٨ مايو ١٩٢٩ المحاماه - ٩ - رقم ٨٦١.

(٢) نقض اجتماعى فرنسى ٣ اكتوبر ١٩٧٣ بلتان المدنى- ٥- رقم ٥٤١.

(٣) محكمة استئناف باريس ٢٧ سبتـمبر ١٩٧٧ دالوز ١٩٧٨، ص ٦٩٠ وتعليق بانتـقاد لهذا الحكم.

الارادة يمكن ان ينشأ عن استغلال المركز الاقتصادى الساحق لأحد المتعاقدين ضد المركز الاقتصادى الضعيف للمتعاقد الاخر(٤). غير أننا نلاحظ أن مثل هذا الاتجاه، وإن كان يعبر عن معان انسانية، الا انه يتعين التحرز فى الاخذ به، بحيث لا يحكم بالبطلان الا اذا كان الاكراه واضحا ومحددا ومؤثرا وفق الضوابط القانونية في هذا الشأن.

الشرط الثانى : أن يتولد عن الاكراه رهبة تدفع الى التعاقد:

تقوم فكرة الاكراه على ما ينتج عنه من رهبة تتوافر عند التعاقد فتدفع الى ابرام الاتفاق. ومن هنا كان مغزى فساد الرضاء وتعيبه. وفى ذلك تقرر المادة ١٢٧ من القانون المدنى « يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق».

غير أن وسائل الضغط والاكراه، فضلا عن تفاوتها في جسامتها، فانها تتفاوت فى تأثيرها على الاشخاص. وفى شأن مدى التأثير يمكن ان يطبق معيار مجرد، بمعنى أن يعتد بالرهبة اذا كان من شأنها أن تؤثر، موضوعيا، فى الرجل العادى، من أواسط امثال المدعى، وبغض النظر عن مدي تأثره هو شخصيا بالاكراه. غير ان المشرع المصرى لم يأخذ بهذا المعيار المجرد بل أخذ بميعار ذاتى. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ مدنى على أن يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف اخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه»(٢). وبالتالى فان مسألة **الرهبة التى يولدها الاكراه هى مسألة معيارية تقديرية وشخصية**. فالقاضى هو

---

(١) محكمة استئناف باريس ٢٥ مايو ١٩٧٨ جازيت دى باليه ١٩٧٨ عدد ١٣ يوليو ١٩٧٨ وتقرير Picca.

(٢) راجع: نقض ٨/ ١٢/ ١٩٩٤، مجموعة الاحكام السنة ٤٥، الجزء الثانى، ص ١٥٦٧.

الذى يقدر فى ظروف الدعـوى، ما اذا كان المتـعاقد، الذي ابرم الاتفـاق، قد خضع لاكراه سلبـه حرية الاختيار. أم ان الامـر لم يكن ليصل الى هذا الحد. والقاضي فى تقديره لهـذه المسألة يتبع المعيار الشخصـى السالف ذكره، ويقيِّم الوضع فى ضوء كـافة العـوامل الذاتية التى ترجح معـنى أو آخر. وعلى هذا النحـو، قد يختـلف التقديـر، باختلاف الجـنس، وهل كان المضـرور ذكرا أم أنثى، كمـا يختلف الامر من شـاب قوى البنيـة الى صغيـر واهن القوة، ومن مريـض الى معـاف، ومن جاهل الي مـتعلم، ومن ريفى سـاذج الى حـضرى متـفتح، ومن رجل اعـمال مـتمـرس الى شخص عادى.. ذلك ان مـا يرهـب شخصا، وفقـا لمواصفاته السابقة، قد لا يرهـب اخر بمواصفـات ذاتية مختلفة. وكل ذلك يدخل فى الامور الموضوعية التى يسـتقل بتقديرها قاضي الموضوع متى بنى تقديره على أسباب سائغة تؤدى الى ما قضى به.

الشرط الثالث: أن يصدر الاكراه عن المتعاقد الاخر :

نصت المادة ١٢٨ مـدنى على أنه اذا صدر الاكـراه من غيـر المتعـاقدين، فليس للمتـعاقد المكره ان يطلب ابطـال العقد، ما لم يثـبت ان المتعاقـد الاخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه».

وعلى هذا النحو فـان المشرع المصرى يشترط ابتـداء للوصول الى ابطال العقد للاكراه، أن يكون قد صدر عن المتعاقد الآخر[1]. وهو ذات الحكم فى شأن التدليس، كمـا سبقت الاشارة. أما اذا صدر الاكراه من غيـر المتعاقد فلا اثر له على العقد الا اذا اتصل بالمتـعاقد الاخر، وقد حدد المشـرع وجه اتصاله بأن يكون عالما بالاكـراه، أو كان من المفروض حتمـا ان يعلم به. وهذا الشرط

(١) ويأخذ حكم نائبه وتابعـه وكل من كلفه بالعمل في الصفقـة لحسابه كالسمسـار، راجع عبد الفتاح عبد الباقي، السابق، رقم ١٦٥ و ١٧٦.

الاخيـر لا شأن له بتعـيب الارادة، لأن الاصل ان ارادة المكره تتعـيب بالرهبة الدافعة الى التعـاقد، أيا كان مصدرها، متعاقـدا او غيراً. ولكن المشرع آثر فى الاكراه، كما فعل في التدليس، أن يرجح استقرار التعامل، على مقتضي فساد الارادة، اذا كان الاكراه صـادرا من الغير، وكان المتعاقـد الاخر برئ منه تماما. ففى هذا الفرض الاخير- حسن نية المتعاقـد الاخر- يبقى العقد صحيحا بين طرفيه، وينأى عن الابطال، ولا يبقى للمضـرور الا ان يقيم دعواه ضد الغير- الذي مـارس الاكراه - مطالبـا اياه بتـعويضـه عمـا لحق به من اضـرار وفقـا لقواعد المسئولية التقصيرية.

- حكم الرهبة المتولدة عن ظروف خارجية وكانت دافعة للتعاقد؟

قـد يتوافـر الاكراه، ومـا يتـولد عنه من رهبة، نتـيـجة ظروف خـارجيـة يتصـادف وجودها، فـينتهـزها احد الطرفين لابرام عـقد بشروط مـجحـفة او باهظة مع الطرف الاخر. فـقد يقع مريض فى ظروف صحيـة خطرة وعاجلة، فـيضطر الى الاتفـاق مع طبـيب على انقاذه، نظـير اجـر باهظ.. وقد تشـرف باخرة نيلية على الغرق، فـيتقدم من يتفق مع صاحبهـا على انقاذها لقاء مبلغ غير عادى[1].

ويلاحظ أنه لا يتفق مبدئيا مع فلـسفة نظرية عيوب الارادة، أو مع منطق هذه النظرية، أن نحمى ارادة أحـد المتعاقدين من آفـة تلحق بها نتيجـة لتصور خاطئ لم يسهم فى احداثه الطرف الاخر مباشـرة بطريق غير مباشر بأن كان يعلم أو يسـتطيع أن يعلم بتـعيب الارادة. وفى الاكـراه، كان من لازمـة هذا

---

(١) يلاحظ ان انقاذ السفن البحرية ومراكب الملاحة الداخلية نظمه القانون البحرى المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، وفى فرنسا قانون ٢٩ ابريل ١٩٧٦.

المنطق ضرورة أن يكون الاكراه صادرا من الطرف الاخـر، أو من الغير بشرط علم المتـعاقـد به او استطاعتـه ذلك. أما فـي هذا الفرض الخـاص بالظروف الخارجيـة المحيطة بالتعاقد، والتى ضـغطت دون تدخل من المتعاقد المستـفيد، فان الامر يخـتلف، ويخرج عن منطقه تعـيب الارادة وفق مفهومه الـتقليدى، لذلك ذهب الفقه التـقليدى فى فرنسا الى استبعـاد هذه الحالة من نطاق عيب الاكراه وتعيب الارادة[١]. ومع ذلك فقد استشعر بعض القضاء ما فى فرض استـغـلال الظروف من اجـحـاف واهدار للعدالة، فـالارادة، في هذه الحـالة، ليسـت حرة تماما، ولـولا الظروف ما اقدم الـشخص على التـعاقد بـالشروط المجحفة التى استأثر بها الطـرف الاخر، ومن هنا كان الالتفاف حول الموضوع فيما قـضت به دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسيـة، فى حكم قديم لها، من أن الامر ليس أمر تعـيب الارادة، بل هو أمر تخلفها تمامـا، وبالتالى يكون الجزاء هو البطلان المطلق، وليس البطلان النسبى. فـالمتعاقد المضرور وهو فى ظروف الخطر الخـارجى المحدق (كـالاعصـار، الزلزال، الحريق المدمـر..) انما يتعاقد راضخـا تماما، تحت وطأة الخطر الجسيم والمحدق[٢]، الناتج عما يشبه القوة القاهرة. فهو يتعاقد، وهو أشبه بمن فى حالة سكر بين[٣].

وعلى هذا النحـو فاذا كـان الاكراه يمكن أن يأتى من جـانب المتعـاقد أو الغير، فلماذا لا يأتى من ظروف صُدفة طبيـعية خارجية. وفى هذا المعنى يتجه الفقـه الحديث. فالأمر فى نهـاية المطاف هو ضرورة البحث فى ارادة المتـعاقد وهل صدرت عن مشـيئة حرة، أم تحت تأثير ووطأة اكراه افـسدها، على نحو

---

(١) راجع : ديمولب، جزء ٢٤ رقم ١٥٠٠، بودرى لاكانتيرى وبارد جزء -١- رقم ٧٧.
(٢) تقض فرنسى ،عرائض ٢٧ ابريل ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨-١- ٢٦٣.
(٣) كاربونبيه، السابق، رقم ٢٣.

يبقى فيه هذا البحث هو النقطة الجوهرية فى الموضوع، أما التساؤل عن من اين جاء الاكراه، وما هو مصدره، فيبدو فى هذا السياق أمرا ثانويا. ولكن يبقى اساسيا ان يكون المتعاقد المستفيد قد علم بالظروف الخارجية واستغلها لدفع الضحية الى ابرام العقد، أو الى ابرامه بشروط مجحفة وغير عادلة[١, ٢].

وقد عقبت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى على هذه المسألة بأن «من يجد غيره مهددا بخطر جسيم حال لا يد له فيه، فيستغل هذا الموقف، فهو وان لم يكن المتسبب فى الظرف الملجئ، الا انه انتفع به للحصول على مغنم فاحش. ويعتبر الاكراه في هذه الصورة عيبا فى الرضاء» وعلى النقيض من ذلك ينتفى الاكراه ويكون الرضاء صحيحا اذا لم يحاول المتعاقد الاخر في مثل هذا الفرض ان يحصل على منفعة مفرطة، بل اقتصر على انقاذ المتعاقد الاخر في مقابل منفعة معقولة..»[٣].

- وفي رأينا أن الظروف الخارجية، والتى قد تكون دافعا الى التعاقد، لا يجوز اعتبارها اكراها بالمعنى المقصود فى المادة ١٢٧ من القانون المدنى فهذه المادة اعتبرت أن الاصل فى الاكراه أن يصدر من المتعاقد الاخر، فيولد

---

(١) راجع : كاربونييه، السابق، جوسران، جزء ٢ رقم ٨٨، بلانيول وريبير واسمان، جزء ١و رقم ١٩٥، مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ٢٠٣، وراجع فى القضاء الفرنسى الحديث نسبيا فى شأن اعتبار الاكراه فى حالة الضرورة: نقض اجتماعى فرنسى ٥ يوليو ١٩٦٥ بلتان المدنى -٤- رقم ٥٤٥، نقض تجاري فرنسى ٤ يونيو ١٩٧٣ بلتان المدنى ١٩٧٣ -٣- رقم ١٩٤.

(٢) راجع : السنهورى، السابق، رقم ٢٠١، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، ١٧٩، عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ١٩٩٢، رقم ١٨٣.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية -٢- ص ١٨٥.

رهـبة تدفع المُكرَه الى ابرام العقد، واشترطت ان تكون الرهبة بغير حق، بمعنى ان تكون قد اسـتندت الى اساس غير مـشروع. وعندما اراد المشـرع أن يبسط عيب الاكراه الى حـالة صدوره من غير المتـعاقدين، فانه اعـتبر ان الاصل هو عدم جـواز الابطال.. فليس للمـتعاقـد المكره ان يطلب الابطال الا بقـيد هام وهو أن يكون المتعاقد الاخر على علم بالاكـراه أو كان من المفروض حتما ان يعلم به. فـالتوسع هنا فـيه قـدر من الاستـثناء الذى لا يجوز القـياس علـيه. وبالتالى فـاننا لا نرى وجهـاً لقياس الرهـبة المتولدة عن ظروف طبـيعـية على الاكراه الصادر من المتعـاقد او من الغير. غير أن أمر قـصور العدالة، الذى قد يترتب على هذا الرأى، الذي نـقول به، يمكن علاجه عن طـريق تطبيق نظرية الاستـغلال كمـا بسطها المشـرع في المادة ١٢٩ وما بعدها مـن القانون المدنى المصرى، خاصة ان الرهبة الناشئة عن الظروف الطبيعية لا تدفع عادة الى ابرام العقد، ولكـنها تدفع فقط الى قبول شـروط مجحفـة او باهظة. وبالتالى يمكن للمـتعاقـد المغبـون ان يطلب إما ابطـال العقد أو انـقاص التزامـاته، أو زيادة التـزامات الطـرف الاخر. أمـا اساس ذلـك فيـتـمثل فى أن استـغلال حـالة الضرورة، أو الحرج الشديـد، الذى وجد فيه المتعاقد المغـبون، انما تقاس على حالة استـغلال الهوى الجامح أو الطيش البين، وفقـا للمادة ١٢٩ من القانون المدنى.

المطلب الرابـــع
الاستغــلال

تدور أحكام القـانون المدنى على مـبادئ عـديدة، ومن أهم هذه المبـادئ تحقـيق العدالة والانصاف بين أطراف العـلاقات القانونية الوفـيرة فى دروب الحيـاة بصنوفهـا المختلفـة. غير أن القـانون فى سعـية الى الانصـاف والعدالة يدعم أيضا مبدأ الاستـقرار فى المعاملات. فالعقود شريعـة عاقديها، لا يجوز نقضهـا أو تعديلها الا باتفاق اطرافـها. وقد يبدو أن مبـدأ العدالة والانصاف يناقض أحيانا مقتضيات الاستـقرار فى علاقات الاشخاص. والمشرع الجيِّد لا يضحى بأحـد المبدأين الأساسـيين على حساب الآخـر تماما، بل يوفق بينهـما بميزان دقيق، يحقق مصلحـة المجتمع ككل في نهاية المطاف، وبأقل قدر ممكن من الاضـرار. وفي نطاق هذه الـفلسـفـة يقع سـؤال هام وهو مـاذا لو اخـتل التوازن الاقـتصادى بين الطرفين لحظة ابرام العـقد، بأن كان احـدهما مغـبونا لمصلحـة الطرف الاخر. ونبـادر الى القـول ان الغبن، المقصـود هنا، هو **الخلل الاقتصادى حـال ابرام العقد**، وبالتالى يسـتبعد من هذا التسـاؤل الخلل الذي يطرأ بعد التعاقد وينتج عن ظروف لاحقة، فـهذه مسألة أخرى سنعالجها عند الحديث عن نظرية الظروف الطارئة.

- أمـا **الغبن المعاصر للتـعاقد**، فـهو الذي تـتعارض، فى شـأن تنظيمـه، اعتبارات العدالة مع اعتبارات الاستقرار.

- أما **مقتضيات العدالة**، فتفرض أن يكون كـل أداء قدمه أحد الاطراف معـادلا للاداء الذى قدمه الطرف الاخـر، وذلك فى عقود المعـاوضات على

وجه خاص، حيث يعطى كل من الطرفين مقـابلا لما يأخذه، مُقَدِّرا هذا المقابل تقديرا عادلا لحظة التـعاقد. فاذا اختلف ميزان الـعدل والتعادل، بين الاداءات المتقابلة، كان هناك مجال للحديث عن تصحيح هذا الخلل.

- **أما في ميزان الاستقـرار ومقتضياته**، فان العقود تستمـد قوتها اخلاقيا من كونها شريعـة عاقديها، كما سبق القـول، وبالتالى فالاصل ان يسعى كل متعاقد لحماية مصالحه متقصيا معطيات التعاقد بوسائله الخاصة، مقدرا أموره المالية، حازما أمر تعاقده على نحو نهائى لا رجعة ولا تعديل فيه- بعد تمامه- الا بموافقة الطرف الآخر.

وبين كـفتى هاتين الفلسـفتين تأرجـحت القوانين القـديمة والحديثـة بين تغليب احدى النظريتين او الاخرى.

- **فالقـانون الرومانى**، تبنى مـفـهـوما للغـبن لحمـاية القـصـر الذين لم يتجـاوزوا سن الخامسـة والعشرين. فـهذا الفريق مـن القصر كـانت له أهلية ممارسة بعض التصرفات القانونية، فاذا قاموا بها، ووقعوا فى حالة الغبن، جاز لهم طلب ابطال العقد. وفى عصر الامـبراطورية السفلى سُمِحَ بالطعن للغبن وذلك بسبب الاضطرابات الاقتـصادية والمالية، ولكن المشرع الرومـانى قصر الطعن على حالتين فقط هما حالة البيوع العقارية وحالة عقد القسمة.

- أما فى **عصر القـانون المدنى الفرنسى القديم**، وبدءً من القـرن الثالث عشر، فقد تأثر القانون الفرنسى بالمفاهيم الكنسية، خاصة أفكار القديس سان توما والذى دعى الى الاخذ بنظرية الـثمن العادل، ومن مقتضـاها أن العقد لا يكون ملزما الا اذا تضـمن ثمنا عادلا، فاذا كان العـقد غير عادل، فـانه يجوز ابطاله. ومن هنا ظهر اتجـاه، في القانون الفرنسى القـديم، للتوسع فى البطلان

للغبن. ومع ذلك فلم يغب عن فقهاء الكنيسة ذلك الاعتبار الهام المضاد لهذا التوسع، وهو اعتبار استقرار المعاملات، فدعوا الى الحرص، بقدر الامكان، علي استقرار العقود، وعدم تجويز البطلان للغبن الا اذا كان غبنا فاحشا. غير أن هذه النظرة التى تدعم البطلان للغبن (الثمن العادل) تعرضت للهجوم والنقد عندما بدأ تطور واتساع العلاقات التجارية، فضلا عن بدء ظهور وتطور الافكار التى تدعو الى الحرية والفردية. ولذلك كان طبيعيا أن تجد نظرية الغبن عداء واضحا من أنصار الثورة الفرنسية. فالمذهب الفردى، الذى كان توأم هذه الثورة، يدعو الى احترام العقود، وعدم اهدار قوتها الملزمة، خاصة وقد عاصرت بداية عصر الثورة اضطرابات مالية واقتصادية أدت الى كثرة دعاوى المطالبة بابطال العقود للغبن[1].

- **أما القانون المدنى الفرنسى الحالى** فلم يتبن نظرية عامة للغبن، بل نص على حالات معينة بذاتها، نظر فيها للغبن باعتباره خللا اقتصاديا يعبر عن عدم التعادل بين الاداءات المتقابلة، ويقاس وفقا للقيمة المادية للشئ بغض النظر عن قيمته الشخصية لدى المتعاقد، **وهو لذلك عيب فى العقد أكثر منه عيب في الارادة**. وقد جاء هذا التضييق فى نظرية العبن متأثرا بفلسفة روح القانون الرومانى والسالف الاشارة اليها. فالأصل أن الغبن لا يصلح سببا لابطال العقد، والاستثناء هو تجويز ذلك عند النص الصريح. وبالتالى فلا يجوز للقضاء أن يختلق حالات خارج نطاق النصوص، أيا كانت اعتبارات العدالة التى تدعوه لذلك. ويعبر عن هذا الاتجاه بأن الاصل هو «أن لاغبن فى

---

(١) راجع : مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ٢١٠ بيروموريل، رسالة عن تعادل الأداءات فى انعقاد العقد، بوردو ١٩٦١.

العقود». وتمثل هذه النظرة اتجاها تكامليا مع مفـهوم حرية الارادة بصفة عامة، فلو أن العقـد أظهر خللا فى العـدالة الاقتصـادية، فان مـرجع ذلك قد يكون عيب أصـاب الارادة نتج عن غلط أو تدليس مثـلا، أما اذا انتفت صـور مثل هذا العـوار فـلا مـجال لـلطعن على عـقـد ترتبت احكامـه وآثاره وفق ارادة عاقديه. ومن هنا، وكما سبق القول، فان الغبن فى ذلك ليس عيبا في الارادة، وأن كان يمكن أن ينتج أثرا مبطلا ولكن من خـلال أحد عيوب الارادة، وهذا هو مـا يعبـر عنه بالمذهب الشـخـصى في الغـبن. وهو يقـابل المذهب المادى المضيق الذي اخذ به القانون الفرنسى فى حالات استثنائية مثل المواد ٤٩١/ ٢ و ٨٨٧/ ٢، و ١٣٠٥ و ١٦٧٤ من القانـون المدنى الفرنسى وقانـون ٨ يوليو ١٩٠٧ وقـانون ٨ يوليو ١٩٠٧ المعـدل بقانون ١٠ مـارس ١٩٣٧ والمادة ٣٧ من قانون ١١ مـارس ١٩٥٧ فى شأن حـقوق الملكيـة الأدبية والفنيـة وقانون ٥٤٥ فى ٧ يوليو ١٩٦٧ فى شأن المساعدة البحرية.

- **وقد نهج المشرع المصرى** طريق صنوه الفرنسى، **أخذا بمبدأ أن لا غبن فى العـقود من حيـث المبدأ**. بمعنى أن مـجرد عـدم التعـادل الاقتصـادى، بين الاداءات المتقابلة، ليس سـببا للطعن على العقود. وهذا المعنى ترجـيح لمفهوم الاستـقرار في التـعامل، خاصـة وأن في نظرية عيـوب الارادة ما قـد يسعف الطرف المغـبون بابطال العـقد، ولكن ليس لمجـرد الغبن، وانما لتعـيب الارادة وفقـا للضوابط القـانونية التى نص عليهـا القانون المدنى في هذا الخـصوص. غيـر أن المشرع المصرى لـم يفته أن يتـوقف عند بعض الحالات الخـاصة التى أجاز فيها التمسك بالغبن مجرداً عن أى عيب آخر.

- فـقد نصت المادة ٤٢٥ مـدنى على أنه **اذا بيع عقـار مملوك لشخص لا تتوافر فـيه الاهلية** وكـان في البـيع **غبن يزيد على الخـمس** فللبـائع ان يطلب تكملة الثـمن الى أربعة اخـماس ثمن المثل «ويجب لتـقدير مـا اذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يُقَوَّمَ العقار بحسب قيمته وقت البيع»(١).

- ما نصت عليـه المادة ٧٠٩/ ٢ مدنى فى شأن **الوكالة بأجر** من أنه «اذا اتفق على أجـر للوكـالة كان هذا الاجـر **خاضعا لتـقدير القاضى** الا اذا دفـع طوعا بعـد تنفيذ الوكـالة. وهو ما يجيـز للقاضي أن يخفض أحـر الوكيل اذا تبين له أنه مبالغ فيه.

- كذلك مـا نصت عليه المادة ٨٤٥ مـدنى فى شأن **القسمة الرضائية** من أنه يجوز نقض القـسمة الحـاصلة بالتراضى اذا أثبت أحـد المتقاسـمين أنه قد لحقه منها **غبن يزيد على الخمس** (العبرة بالقيمة وقت القسمة). ويجب رفع الدعوى خلال الـسنة التالية للقسـمة - وللمدعى عليه أن يقف سـيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته(٢).

---

(١) وتنص المادة ٤٢٦ على أن تسـقط بالتـقـادم دعوى تـكملة الثـمن بمضى ثلاث سنوات من وقت توافر الاهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صـاحـب العقار المبيع- كما نصت على أن لا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغبن حـسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع. ونصت المادة ٤٢٧ على أنه لا يوجوز الطعن بالغير فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.

(٢) يشير بعض الفقـه الى تطبيق آخر فى شأن الحد الاقصى للفوائد ووجوب خـفضها اذا تجاوز الاتفاق الحد الاقصى القـانونى (عبد الفتاح عبد البـاقى، السابق، رقم ١٩٣) ولا نرى وجها لاعتـبار هذه المسألة من تطبـيقات الغبن، والا لطبـقنا هذا المفهـوم على كل حالة يضع فيـها المشرع حدا اقصى لاداء معين.. وهذا غير صحيح فى رأينا.

المقصد الأول

نظرية الاستغلال وفقا للقانون المصرى

الى جانب تطبيقات الغبن، السالف ذكرها، تبنى المشرع المصرى نظرية للاستغلال باعتباره عيبا من عيوب الارادة، المادة ١٢٩ مدنى، وأضاف فى المادة ١٣٠ أن يراعى فى تطبيق المادة ١٢٩ عدم الاخلال بالاحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود او سعر الفائدة.

ويثور **سؤال مبدئى** هو لماذا وضع القانون المصرى نظرية للاستغلال باعتباره عيبا من عيوب الارادة، إلى جانب حالات الغبن الواردة فى حالات ونصوص خاصة؟ وللاجابة على هذا السؤال نلاحظ ان **المشرع المصرى قد فارق بين الفكرتين فلسفة ونطاقا**. فالغبن كما تضمنته النصوص الخاصة يقوم على مفهوم مادى بحت، ويعتبر كما سبق القول، عيبا في العقد وليس عيبا في الارادة. ذلك ان معياره، فى أغلب حالاته، هو معيار كمى، يعتد بالقيمة المادية للأداءات المتقابلة بغض النظر عن القيمة الشخصية، وهو تطبيق للنظرية المادية. ولذلك كان المشرع حريصا في حالات الغبن على أن يقف، عادة، عند معيار نسبة محددة من القيمة، كأن لا يسمح بالغبن فيما يجاوز خمس القيمة، **موفقا في ذلك بين العدالة المادية، للمنطوق الاقتصادى للعقد، وبين مقتضى استقرار المعاملات**.

أما في ظل نظرية الاستغلال، كما وردت في المادة ١٢٩ وما بعدها، فقد أخذ المشرع، من ناحية، بمفهوم شخصى للخلل الاقتصادى. فهذا الخلل لا ينظر اليه وفق نسبة مادية محددة من القيمة المالية لمحل الالتزام، بل ينظر اليه وفق قيمة الشئ فى المنظور الشخصى للمتعاقد. وقد تتفاوت قيمة شئ واحد

من شخص لاخر، نظراً لاعتبارات شخصية. فقد يشترى شخص شيئا معينا بأعلى من قيمته، وهو مدرك لذلك غير مضطر لقبوله، ولكنه يفعل لأن الشئ فى نظره يساوى، لاعتبارات شخصية، القيمة الزائدة التى دفعها فيه. وفى هذه الحالة لا يتوافر الغبن وفقا لنظرية الاستغلال، حيث لا خلل. وفق المعيار الشخصى. ومن ناحية ثانية، حاول المشرع أن يحد من الاثار السيئة لزعزمة العقد، فأوجب **ان ترفع الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ التعاقد**، كما جعل الجزاء يتراوح بين الابطال، وامكانية ان يتوفر فى الطرف الاخر هذا الجزاء اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن.

ومن ناحية ثالثة، فان المشرع المصرى، اعتبر الاستغلال عيبا عاما يمكن ان يرد على أى عقد من العقود، أى أنه لم يقصره على عقود بذاتها، ولكنه لا يستقيم، فى تطبيقه، الا اذا ارتبط الخلل المادى، وفق المعيار الشخصي، باستغلال ضعف الطرف الاخر، وهو ما اطلقت عليه المادة ١٢٩ مدنى **«استغلال» الطيش البين أو الهوى الجامح»**. وهذا التحديد الاخير هو الذى يرسخ فكرة الاستغلال باعتبارها تنتج عيبا فى الارادة، مفسد لها، فليس الاهم هو عدم التعادل المادى، ولكن ان يكون ذلك ناتجا عن استغلال ضعف المتعاقد فى أحد مظهريه السالفى الذكر.

شروط الاستغلال فى القانون المدنى المصرى:

يتضح من نص المادة ١٢٩ مدنى أن عدة شروط يتعين توافرها للطعن بالاستغلال وهى :-

١ - الخلل الفادح بين الاداءات المتقابلة، وهو ما يطلق عليه العنصر المادى.

٢ - أن يكون هذا التفاوت ناتجا عن استغلال هوى جامح أو طيش بين.

٣ - أن يكون الاستغلال. على نحوه السابق، هو الدافع الى التعاقد.

أولا- التفاوت الفادح بين الاداءات المتقابلة :

وهذا هو العنصر المادى، وقوامه الا تتناسب التزامات أحد العاقدين **البتة** مع ما حصل عليه هذا العاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات العاقد الآخر.

ويلاحظ أن النظرة المبدئية لهذا الخلل بين الأداءات، هى نظرة مادية واقتصادية بمعنى أنها تظهر فيما ينطق به التقييم الاقتصادى من غبن فاحش. نقول غبنا فاحشا لأن نص المادة ١٢٩ يقرر «اذا كانت التزامات احد المتعاقدين **لا تتعادل البتة مع ...**». وبالتالى فعدم التعادل يعكس خللا ماديا فاحشا، لا يجرى العمل علي وقوعه في العقود (فالقانون لا يقف عند التفاوت العادى، أو المقبول معاملة وعرفا. فالمعاملات عادة لا تتم بمساواة حسابية كاملة).

غير أن عدم التعادل المفرط بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، لا يتم تقديره، في نهاية المطاف، وفق التقييم الاقتصادى المطلق، بمعنى أنه ليس حسابيا بحتا، بل يدخل عليه ضابط يحده ويحدده، وهو ضابط المعيار الشخصى. فالعبرة فى تقدير الخلل، هى بالتقدير الشخصى، وليس فقط بالتقدير المادى. وبعبارة اخرى فان عدم التعادل لابد ان يتضمن تجاوزا فاحشا للقيمة الشخصية لمحل الالتزام في منظور المتعاقد. وهذه المسألة بالتالى مسألة معيارية، يقدرها قاضي الموضوع من خلال ظروف وملابسات التعاقد. والقاضى يُعمِلُ فى تقديره سلطته التقديرية ،التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض، بشرط أن يكون استخلاصه سائغا غير مخالف للثابت فى أوراق الدعوى ومستنداتها.

وتطبيقـا لذلك، فقد يتوافـر استغلال الهـوى الجامح أو الطيش البين فى شأن لوحـة قيمـتها ألف جنيـه، بيعت بألفى جنيه. وفى ظروف أخـرى قد لا يتوافر هذا الاستغلال اذا كان المشـترى قد دفع الثمن المفـرط لاتصال اللوحة بذكـرى عائليـة عزيزة عليـه. كذلك لا يتـوافر الاسـتغـلال مثـلا حال شـراء شخص لارض مـجاورة لحاجـة مصنعه الشـديدة اليهـا، ولو كان ذلك بزيادة مفرطه عن سعر السوق... وهكذا.

وواضح من الأمثلة السابقـة أن أول مجال لإعمال نظرية الاسـتغلال هو عقود المعاوضات المحددة[1]. وهو ما يعكسـه نص المادة ١٢٩ حين تقرر «اذا كانت **التزامات أحد المتعاقدين** لا تـعادل البـتة ... **أو مع التزامات المتـعاقد الآخر»** ففى هذه العـقود يكون قـدر ما يعطي كل عاقـد وقدر مـا يأخذه، من وراء التـعاقـد، محـددا ومـعروفـا سلفـا. وبالتالى فـمن السـهل قيـاس هذه الاداءات واستظهار وجه الخلل المادى فيما بينها.

- فـهل يرد الاسـتغـلال فى ضـوء ذلك فى **العقود الاحتمالية** ؟ يعـود السبب فى هذا التسـاؤل إلى أن هذه العقود تجعل من مـحل التزامات كل من الطرفين، أو احدهـما، غيـر محددة سلفـا تحديدا نهـائيا، اذ يتـوقف الامر فى شأنها على حـدث احتمالى، كمـا هو الحال فى عقد التـأمين، حيث لا نعرف مـقدمـا ما اذا كـان الحادث المؤمن منـه سوف يقع أم لا، وبالتـالى ما اذا كـان المؤمن له سوف يحصل على مبلغ التأمين من عدمه. وكذلك الحال في العقود التى ترتب ايرادا مدى الحياة، اذ يتوقف قـدر الاداء فى النهاية على مدى الحيز العمرى للمستفيد وهل سيطول به الأمد أم يعجل الله له فى أمره.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٢٠٦.

وقد أجابت مذكرة المشروع التمهيدى على هذا التساؤل السابق قولا بأن عيب الاستغلال يرد على العقود الاحتمالية، على أساس الغبن، اذا اجتمع فيه معنى الافراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه»[١]. والحقيقة أن العقود الاحتمالية يمكن ان يرد عليها الغبن الاستغلالي، شأن العقود المحددة. ذلك ان تلك العقود تقوم، لحظة ابرام العقد، على تقدير من جانب الطرفين لاحتمالات الكسب واحتمالات الخسارة لكل منهما. والعقد، حين يبرم، انما يبرم قائما على قدر من التعادل المعقول بين الاحتمالين. فاذا اختل هذا التعادل بأن كان احتمال الخسارة فى جانب ارجح، بشكل مفرط، من احتمالات الكسب، فان هذا الخلل يستوجب تطبيق نظرية الاستغلال اذا توافرت شروطها الاخرى[٢].

- ومن ناحية أخرى يثور تساؤل حول **امكانية تطبيق الاستغلال على التبرعات**، حيث يعطى أحد الطرفين للآخر ولا يتلقى مقابلا لذلك. **نعتقد أن التبرعات أولى بتطبيق نظرية الاستغلال من المعاوضات**. فمن يعطى ولا يأخذ مقابلا تتوافر فى شأنه، وبدرجة أوضح، شبهة استغلال الهوى الجامح أو الطيش البين. وربما كان المشرع حريصا على هذا المعنى فى اشارته فى المادة ١٢٩/ ١ مدنى على ذكر تعبيرين مختلفين اولهما حين المقابلة بين الالتزامات المتقابلة، وثانيهما حين يقابل بين التزامات أحد الطرفين وما حصل عليه هذا الطرف **من فائدة**. والمقابلة الأولى تشير الى المعاوضات، فى حين أن ذكر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية -٢- ص ١٩١.

(٢) كمن يؤمن على منزل ضد الحريق بمبلغ ضخم من الاقساط السنوية، بناء على طلب الدائن المرتهن لهذا المنزل، وكان المنزل بعيدا تماما عن احتمالات الحريق، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوى ومبلغ التأمين: السنهورى، السابق، رقم ٢٠٦.

الثانيـة يتصب على التـبرعات. وقد كـان المشروع التـمهيـدى للقانون المدنى يتـضمن نصـا يقطع بالمعنى السـابق، ولكنه حـذف لانه من قـبيل التـزيد[1]. والحق أن حـماية المتـبرع، عـن طريق نظرية الاستـغـلال، هو أدعى للحمـاية العادلة.

وأخيرا، وتطبيقا للمعنى السابق، يطبق الاستغلال على الاعمال القانونية التى تتم من جانب واحد، كما هو الحال فى الوصية.

ثانيا : أن يترتب التـفاوت على استغلال الهـوى الجامح أو الطيش البين (العنصر النفسى) :

تسـتند فلسفـة الاسـتغـلال على توافـر عنصر نفـسى، عـبر عنه المشـرع باستـغلال الهوى الجـامح أو الطيش البين. فهـذا المعنى هو الذى يفيـد تعيب الارادة، وأن العقـد لم يكن عن وعى واختـيار كـاملين أو كافيين. فـالمتعـاقد الذى كان ضـحية الاسـتغلال مـا كان ليقبـل الخلل الفادح بين ما يعطيـه وما يأخـذه لولا مـا أُستُـغلَّ فـيه من هـوى جامح. أو طيش بـين. وقد كـان نص المشروع التمهـيدى، للقانون المدنى، يتوسع في مظاهر الاستغـلال النفسية (م ١٧٩ من المشروع) فيستخدم تعبير «اسـتغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته، أو ضعف ارادته، أو بحيث يتبين، بوجه عام ، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضى، بـناء على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو ان ينقص التزامـات هذا المتعـاقد..» ثم انتهى المطاف بـهذا النص الى المادة ١٢٩ مدنى التى حصرت الامر فى تعبيرى الهوى الجامح أو الطيش البين. وفى هذه الخصـوصية لنا تسـاؤل حول مدى المـعنى الحـصـرى لهذين التعبـيرين؟ ولا

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٢ ص ١٩٣.

نعتقد أن فى كلمة هوى، أو كلمة طيش، معنى ضيقا. فالهوى هو هوى النفس، أو نزعة الحب والمودة، أما كلمة الطيش، فتعنى النزق والخفة. والتعبيران، على هذا النحو، يتسعا للعديد من صور الحب والمودة والنزق والخفة التى تصطبغ بها بعض علاقات الافراد فى الحياة الاجتماعية. وبالتالى فان التحديد لا يرد على هذين المعنيين. ولكن التقييد يرد على درجة كل منهما، وذلك عندما يستخدم المشرع كلمة **الجامح** فى التعبير عن **درجة** الهوى، وكلمة **البين** عندما يعبر عن **درجة** الطيش. وبالتالى يأخذ الامر كامل معناه التقديرى فى يد قاضى الموضوع، لكى يتخذ من نصوص الاستغلال وسيلة لتحقيق العدل بين اطراف العلاقات القانونية، ولكى يعالج ما اختل من توازن اقتصادى ينتج عن انتهازية مرفوضة، قانونا واخلاقا.

ومن هنا كانت الامثلة على توافر الاستغلال، او عدم توافره، فيما يعرض من منازعات أمام القضاء، رهن بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة على حده. فقد يحكم بتوافر الاستغلال فى حالة بيع يصدر من شخص طاعن فى السن لزوجة شابة استغلت فيه هواه الجامع، أو من شاب، ورث ثروة ضخمة، لبعض المرابين الذين استغلوا فيه طيشا بينا، أو من امرأة متقدمة فى السن، لشاب يصغرها بكثير من السنوات، واستغل فيها هوى جامحا.... الخ.

ثالثا - أن يكون الاستغلال هو الدافع الى التعاقد :

ويرتبط هذا الشرط بما سلف ذكره من مغزى للاستغلال باعتباره عيبا فى الارادة يفسدها. فالتتمة المنطقية قانونا لهذا التحديد، تقتضى أن يتم التعاقد بدافع من هذا الاستغلال. وهو ما عبرت عن المادة ١٢٩ مدنى حين اشترطت «أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا..» وهو ما يدخل في منطقة التقدير للعلاقة بين الاستغلال وما أدى اليه من نتيجة على مستوى الاندفاع نحو ابرام العقد. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه «يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى ان يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون ألى التعاقد. وتقدير ما اذا كان الاستغلال هو الدافع الى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع»[1].

ويلاحظ أخيرا، أنه اذا توافر هذا الوصف الاخير، بأن كان الاستغلال هو الدافع الى التصرف، فانه يستوى أن يكون التصرف قد ابرم لمصلحة من مارس الاستغلال أو ابرم مع شخص اخر غيره. فقد يمارس شخص الاستغلال فيدفع الطرف الاخر الى التصرف لشخص ثالث، تحت وطأة الهوى الجامح أو الطيش البين. ومن أمثلة ذلك ان تستغل زوجة شابة هوي زوجها لدفعه الى التصرف لابنائها منه، دون ابنائه من غيرها، فالاستغلال هنا وقع من الزوجة لحساب غيرها، ومع ذلك يقع التصرف تحت طائلة المادة

---

(١) نقض مدنى ١١/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة الاحكام س ١٨ رقم ١٤٦ ص ٩٧٤، ونقض ١٧/ ٢/ ١٩٩٤، مجموعة الاحكام، س ٤٥ الجزء الاول، ص ٣٨٢.

١٢٩ مدنى وما بعدها. ولا يشترط فى هذه الحالة، وعلى خلاف حكم الاكراه والتدليس، أن يكون الغير، المستفيد من الاستغلال، على علم بهذا العيب على أى نحو كان. اذ لم يرد فى أحكام الاستغلال ما يقتضى مثل هذا الشرط[1].

المقصد الثانى

تطبيق احكام الاستغلال وجزاؤه :

وضعت المادة ١٢٩ مدنى ثلاثة أحكام لتطبيق جزاء الاستغلال، الاول فرض مدة سقوط قصيرة المدى وهى مدة سنة واحدة، ثم الحق فى الابطال وحق الطرف الاخر فى توقى الابطال بعرض ما يكفى لرفع الغبن، ثم ثالثا حق الطرف المغبون فى طلب الانقاص. ونعرض لهذه المسائل على التوالى :

١ - مدة رفع الامر إلى القضاء :

وهو ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة ١٢٩ مدنى: «يجب أن ترفع الدعوى بذلك **خلال سنة من تاريخ العقد** والا كانت غير مقبولة». ودلالة ذلك ان المشرع قد حدد مدة قصيرة نسبيا لرفع الدعوى، وقد استهدف المشرع بهذا التحديد القصير حسم أمر القلق الذى يعترى العقد بدعوى الاستغلال حتى تستقر المعاملة فى أسرع وقت ممكن[2]. وتبدأ مدة السنة من تاريخ ابرام العقد. وهذه المدة ليست مدة تقادم، بل هى مدة سقوط[3] وبالتالى لا ترد

---

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٨٨ فى الهامش.

(٢) وذلك خلافا للحكم فى عيوب الارادة الاخرى التى لا تسقط فيها الدعوى الا بمضى ثلاث سنوات من اكتشاف الغلط أو التدليس أو زوال الاكراه أو خمس عشر سنة من التعاقد. وفى حالة الابطال لنقص الأهلية ثلاث سنوات من زوال هذا السبب أو خمس عشر سنة من التعاقد.

(٣) وذلك بخلاف مدد سقوط دعاوى الابطال الاخرى حيث المدة مدة تقادم، راجع: محمد عل عمران، السابق، ص ١١٢.

عليها اسباب الوقف أو الانقطاع.

ويرى بعض الفقه أن هدف المشرع من هذا التشدد، فى المدة، وفى تحديد بدء سريانها، أنه من غير الميسور تبين وجه الحق فى الاستغلال بعد مضي سنة من التعاقد، خلافا للعيوب الاخرى التى تصيب الارادة (الغلط- التدليس- الاكراه) التى يمكن تحقيق وجه الحقيقة فى شأنها ولو طال الزمن نسبيا(١).

وقد انتقد رأى فى الفقه (الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى) قِصَر المدة السالف ذكرها، وعلى الاخص فى حالة استغلال الهوى الجامح، «اذ يغلب أن يستمر هذا العيب.. لمدة تزيد على سنة.. كأن دعوى الاستغلال هنا تتمثل دعوى عديمة الجدوي مجدبة الاثر وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين». ومن أجل ذلك يرى «تمشيا مع روح نظام الاستغلال والحكمة التى توخاها المشرع منه، تفسير نص المادة ١٢٩/ ٢ على أن المشرع يقصد بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى الحالة التى يكون اثر الاستغلال قد انتهى بذات ابرامه.. أما اذا ظل اثر الاستغلال باقيا بعد ابرام العقد فلا تبدأ مدة السنة الا بانقطاعه»(٢).

ونحن لا نستطيع ان نتفق مع رأى استاذنا الجليل فيما ذهب اليه، لأن نص المادة ١٢٩/ ٢ مدنى صريح من أن مدة السنة تبدأ من تاريخ التعاقد، ولا اجتهاد مع صراحة النص، خاصة وأن هذا الحكم هو تعبير واضح من المشرع عن اتجاهه فى التضييق فى مجال دعوى الاستغلال، ورغبة واضحة فى الاسراع باغلاق باب القلق الذى يعترى العقود لمثل هذا السبب. قد يَرِدُ النقد

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٢٠٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ١٩٠.

على مسلك المشرع في هذا التضييق، ولكن ذلك لا يبرر الخروج على صراحة النص.

٢ - دعوى الابطال والحق فى انقاص التزامات الطرف المغبون أو استيفائه لما يرفع الغبن:

يجوز للقاضى ابتداء أن يحكم بابطال العقد للاستغلال وذلك بعد ان يتثبت من توافر الشروط القانونية اللازمة. وهذا الحل الاول هو ما يتفق مع نظرية عيوب الارادة بصفة عامة. غير أن المشرع، فى توجهه الرامى الى ترجيح بقاء العقد واستقراره، فى خصوص الاستغلال، قد اورد بديلين عن الابطال، **الأول** هو أن يعرض المدعى عليه ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن عن المدعى، فاذا قدر القاضي كفاية العرض عزف عن الحكم بالابطال وأقر التكملة المعروضة. غير ان هذا الخيار بين الابطال او التكملة مقصور **على عقود المعاوضات وحدها**. وبهذا صرحت الفقرة ٣ من المادة ١٢٩ حيث نصت على انه «يجوز **فى عقود المعاوضات** أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الابطال، اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

أما **الخيار الثانى** ، فهو انقاص التزامات الطرف المغبون. اذ يجوز وفقا للفقرة الاولى من المادة ١٢٩ مدنى للطرف المغبون ان يطلب، بدلا من التمسك بالابطال، انقاص التزاماته. والقاضى فى استجابته لهذا الطلب يقدر قدر الانقاص الكافى لرفع الغبن، ولا يشترط أن يكون الانقاص برفع كامل الغبن، بل يكفى أن يكون إلى الحد الذى لا يضحى فيه الغبن فادحا. ولم يورد المشرع، فى شأن الانقاص وما يفيد قصره على تصرفات دون أخرى،

وبالتالى فالانقاص يرد علـى عقود المعاوضات كما يرد على التبرعات. ففي هذه الاخيـرة يجوز للقاضي أن ينقص التـبرع الى الحد الذى يراه كافـيا لنفى الاستغلال.

وللقاض سلطـة التقدير فى الاخـتيار بين القـضاء بالابطال أو القـضاء بانقاص التزامات الطرف المغبون. وهـو يسند اختياره الى ظروف وملابسات الدعوى المعروضة.

الفصل الثانـــى
المحـــــل

تعـرضت لركن المحل المواد ١٣١ ومـا بعدها من القـانون المدنى، حيث عرضت لشروط محل **الالتزام**. أما المادة ١١٢٦ وما بعـدها من القانون المدنى الفرنسى فقد تعرضت لذات الموضوع، ولكنها اسـتخدمت تعبير محل **العقد**، ومن هنا جـاز التسـاؤل حول هذا الاخـتـلاف فى الصيـاغة: بين تعـبيـر **محل الالتزام** وتعبير **محل العقد**. والحقيقة أن المادة ١١٢٦ مدنى فرنسى خلطت بين أمرين لا يـجوز الخلط بينهـما، وهمـا محل العـقد ومحل الالـتزام، وهى، أن المادة المذكورة، كـانت تقصد حـقيقة مـحل الالتزام وليس محل العـقد. وهذا الخلط قد يكون مـحدد الأثر حين يتـعلق الأمر بالعقـود الملزمة لجـانب واحد، ففى هذه العـقود لا ينشئ التصـرف سوى التزام واحـد، مما يسمح بالخلط بين محل العـقد ومحل الالتـزام. أما حين يتعلق الامـر بعقد ملزم للجـانبين، فان الامر جـد مخـتلف، حيث يوجد الـتزام على عاتق كل طرف، وحـيث يكون لكل التزام محله الخاص به. ففي عقد البـيع مثلا يكون محل التزام البائع نقل الملكيـة وتسليم الشئ المبـيع، فى حين يكون محـل التزام المشـترى دفع الثـمن المتفق عليه. ومـحل الالتزام على هذا النحو مختلف عن محل الـعقد. يضاف الى ذلك أن هناك ما يسـمـى محـل الاداء العقـدى. ونعرض لهذه المسميات الثلاث:

محل الالتزام، وكما أوضحنا، هو الأداء الذي يلتزم به المتـعاقد، كما هو الحال فى شأن عـقد البيع السالف ذكر مثـال له، وعموما يتمـثل محل الالتزام فى أداء عمل، امتناع عن عمل، اعطاء ...

محل الأداء، هو الشئ موضوع الأداء، فحين نذكر عقد البيع يكون محل التزام البائع هو التسليم مثلا، فى حين أن محل الأداء، المنوط بهذا البائع، هو الشئ المبيع ذاته[١].

أما محل العقد، فهو، فى أحد الآراء، العملية العقدية التى يسعى الأطراف الى تحقيقها. فمحل عقد البيع هو نقل الملكية، ومحل عقد الصلح هو انهاء النزاع، ومحل العقد الطبى هو العلاج.

ويلاحظ بعض الفقهاء[٢] أهمية التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام. فقد يكون محل الالتزام مشروعا في حين، أن محل العقد غير مشروع. ومثال ذلك أن يتصرف شخص فى تركه انسان مازال على قيد الحياة. في هذا الفرض يكون محل الالتزام مشروعا، حيث يتعهد المدين بنقل حقوق مستقبلة، فى حين أن محل العقد، وهو التصرف فى تركه لم يتحقق لها هذا الوصف بعد، يعد أمرا غير مشروع وفقا للمادة ١١٣٠ مدنى فرنسى والمادة ١٣١ من القانون المدنى المصرى. وفى فروض أخرى يكون محل العقد مشروعا، في حين أن محل الالتزام غير مشروع، ومثال ذلك التعامل فى أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون. ففى بيع مثل هذه الاشياء، يكون محل العقد، وهو البيع مشروعا، ومحل الالتزام غير مشروع لوروده على شئ خارج عن دائرة التعامل. وأخيرا قد يكون كل من محل العقد ومحل الالتزام غير مشروع، ومثال ذلك ما كان من أمر عقد يبرمه أحد اصحاب المهن الحرة،

---

(١) راجع : جستان، السابق، رقم ٥١١.

(٢) مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ٢٥٢.

كطبيب أو محام، ويتضمن التنازل عن حقه في عملائه[١]، ففي هذا الفرض كان القضاء الفرنسي قديما يعتبر أن كلا من محل العقد ومحل الالتزام غير مشروع، ويضيف أنصار هذا الرأى أنه في مثل هذه الحالات يكون محل العقد أو محل الالتزام باطلا مطلقا، لتعلق القواعد الخاصة بالمحل بالنظام العام، الذى يستهدف اغراضا عامة وليس خاصة[١].

ويعلق **رأى آخر** على ما سبق، متوقفا عند مثال التعامل في تركة انسان على قيد الحياة، بالقول بأن حقيقة الأمر، فى هذا المثال السابق، هى أن عدم المشروعية ترد على **محل الأداء** الذى يتحمله الوارث، والذي يرد على عناصر تركة لم توجد بعد. أما محل العقد، بوصفه العملية القانونية مقصودة فى ذاتها، فانه لا يضيف شيئا الى فكرة العقد. وتقرير عدم مشروعية المحل. بوصفه عملية قانونية، يستوى مع القول بأن العقد ذاته غير مشروع، وبالتالي فمن الزيف تعقيد المسألة بالالتجاء لفكرة المحل، حيث أن هذه الفكرة تستخدم في معان عديدة، ولا داعى، بالتالى. أن تكون مصدراً للاضطراب والخلط[٣].

- **وفى رأى آخر** يحتفظ مفهوم محل العقد بأهميته ولكن بشرط أن نعطى له معنى مختلفا نسبيا، ونطاقا متميزا. وفى هذا المعنى يقول ريبير وبولانجيه أن محل العقد يحدد الاداء Prestation الذى يدور حوله، وتدور معه اقتصاديات العقد. فحين ينعقد العقد، يصبح هذا الاداء محلا للالتزام، فالأمر يتعلق دائما بمحل للالتزام، ولكن محددا في الأداء الذى يستغرق

---

(١) انتهى أمر القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص إلى اجازة مثل هذه العقود، نقض مدنى فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٦١ فى جازيت دى باليه ١٩٦١-٢-٢١٣.

(٢) راجع : مازو وشابا ودى جوجلار، السابق.

(٣) راجع : جسنان، السابق، رقم ٥١٣.

الفائدة الاقتصادية للعقد، ففى البيوع العقارية، مثلا، يكون نقل الملكية هو موضوع الاتفاق ومادته. ومعنى ذلك أن محل العقد يتحدد فى ضوء الالتزام الرئيسى الذى تتمحور حوله اقتصاديات الاتفاق[١].

– وقد التقط رأى ثالث هذه الفكرة السابقة ليقيم تفرقة بين **العقود الناقلة للحقوق، والعقود غير الناقلة**. فالأولى يكون محلها نقل حقوق موجودة سلفا. مثل عقود البيع والمقايضة، وعقود تجزئة مقومات الملكية مثل عقود انشاء حقوق الارتفاق أو الانتفاع أو الاستعمال، ويلحق بها عقود انشاء الحقوق العينية التبعية كانشاء الرهن، وكذلك عقود الصلح الواقى من الافلاس، والقرض، وترتيب مرتب مدى الحياة، والاشتراط لمصلحة الغير. أما **العقود غير الناقلة للحقوق** فان محلها يتحدد إما فى القيام بعمل علي وجه الاستقلال، كعقد المقاولة، وعقد النقل، وعقد الوكالة، وإما القيام بعمل تابع كعقد العمل، أو اداء خدمات تتعلق باستعمال شئ أو الانتفاع به كعقد النزول فى فندق، ايجار الاشياء، عارية الاستعمال، أو عقود الائتمان كعقد الكفالة أو عقد فتح اعتماد، أو عقود المحافظة على الأشياء كعقد الوديعة، وعقد الحراسة، وايجار الخزائن، أو عقود التأمين ضد المخاطر[٢].

رأينا في الموضوع :

لا نتفق مع الرأى القائل بأن محل العقد هو الأداء الذي تتمحور حوله اقتصاديات العقد، وكذلك الرأي الأخير الذي قسم العقود الى ناقلة وغير ناقلة للحقوق. فـفكرة وجود التزام جوهرى على هذا النحو تقف عند شق واحد فى العملية التعاقدية، وتنظر الى هذا الشق من زاوية واحدة. ومن جانبنا

---

(١) راجع : ريبير وبولانجيه، جزء ٢ رقم ٢٤١.

(٢) راجع هذا الرأى للأستاذ أوفرستاك فى دراسته بعنوان: «محاولة لتقسيم العقود»، باريس، ١٩٦٩، ص ٢٢ وما بعدها.

لا نجد سندا، أو سببا، لاهدار الشق الاخر.

ففى عقد البيع يعتبر نقل الملكية عنصرا جوهريا، هذا صحيح، ولكن من وجهة نظر من؟ البائع أم المشترى؟ أم الاثنان معا؟ ولماذا نهدر الالتزام بدفع الثمن، وقد يكون الحصول عليه بالنسبة للبائع، أكثر حيوية وأهمية من تخليه عن ملكية الشئ المبيع. فاذا كان الامر أمر واقع، على قدر من الأهمية، فلا يمكن الجزم به فى جانب على نحو اكثر وضوحا من الجانب الاخر. أما اذا كان الامر أمر قانون، فلا اعتقد أن دفع الثمن يقل أهمية عن نقل الملكية. فاذا كان الشئ المبيع يمثل قيمة اقتصادية، فان الثمن هو التعبير المالى عنها.

لذلك نرى أن **محل العقد** لابد أن ينظر اليه كعملية قانونية يسعى اليها الطرفان، دون ان تغفل جانبا أو آخر **فهو حصيلة مسعيين متقابلين في العقود التبادلية، وهو حصيلة مسعى الملتزم فى العقد الملزم لجانب واحد.** فحين نعرض لعقد البيع، يجب القول بأن محل العقد **هو نقل ملكية المبيع في مقابل ثمن.** اذ لا معنى لقصر المحل علي نقل الملكية وحدها، لأن نقل الملكية قد يتم، فى عقود اخرى أيضا، دون ثمن (الهبة)، أو فى مقابل شئ أخر (المقايضة) وبالتالى يبدو تحديد محل العقد، فى بعض العقود، بسيطا لاتفاق الطرفين على عملية لا يختلف منظورها من احد المتعاقدين الى الآخر، كما هو الحال فى عقد الشركة، أو عقد المقايضة أو عقد القسمة أو عقد الصلح. ففى هذه العقود يكون هدف كل متعاقد متفقا ومتطابقا مع هدف المتعاقد الأخر. وفى عقود أخرى لا يتحدد المحل بهذه البساطة، فكما أشرنا في البيع يتعين ان يتحدد محل العقد بأنه **نقل الملكية فى مقابل ثمن،** وفى عقد النزول فى فندق هو الحصول على خدمات الفندق فى مقابل أجر، وفى عقد الهبة نقل الملكية بدون مقابل... الخ.

- **يبقى بعد ذلك تحديد العلاقة بين محل العقد ومحل الالتزام**. ونعتقد أن الأولوية في الفحص، من حيث استيفاء الشروط القانونية، هى لمحل الالتزام، أى بماذا التزم المتعاقد؟

ولذلك فقد كان المشرع المصرى موفقا حين عرض لشروط المحل محددا أنه محل التزام. ويتعين أن يكون هذا المحل موجودا، وممكنا، ومعينا، وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة (مواد ١٣١ حتى ١٣٥ مدنى). ويلاحظ انه اذا بطل الالتزام لتخلف شرط من الشروط السابقة، بطل العقد جميعه، اذ لا يتصور العقد صحيحا اذا بطل التزام احد طرفيه لعدم وجود محل الالتزام، أو لاستحالته أو لعدم تعيينه، أو لمخالفته للنظام العام. وبالتالى يصح القول أننا لا نصل، في هذه الحالة، للبحث فى شرعية محل العقد، فبطلان الالتزام يجعل العملية القانونية المقصودة من العقد غير واردة (سواء بصفة كلية اذا بطل العقد جميعه، أو بصفة جزئية، وفي حدود البطلان، اذا لحق البطلان شقا قابلا للتجزئة).

نضيف أن البطلان لتخلف شرط من شروط **محل الالتزام** يتعلق بتخلف هذا الشرط، إما فى محل الالتزام واما في محل الاداء:

فبالنسبة لمحل الالتزام يبدو الأمر واضحا فى الالتزام بعمل والتزام بامتناع عن عمل. فقد يكون الاول، أو الثانى، مخالفا للنظام العام (كالاتفاق على ارتكاب جريمة، أو الاتفاق على الامتناع عن مساعدة مريض يوشك على الموت) وقد يكون مستحيلا. وهنا يبطل الالتزام لتخلف شروط محله **(أى محل الالتزام)**.

أما بالنسبة **لمحل الأداء** فيتضح الامر بالنسبة **للالتزام** باعطاء. ففي هذا

الفـرض يكون مـحل الالتـزام هو نقل حق عـلى شئ إلى الطرف الآخـر، فى حين **أن مـحل الأداء هـو الشئ ذاته.** وفى هذه الحـالة ينعكس تخلف شـروط **محل الأداء** على صحـة الالتزام. ومن قبـيل ذلك أن يكون محل الاداء شيـئا خارجا عن دائرة التعـامل بحكم القانون، أو غير موجود، أو غـير معين وقابل للتـعـيين، اذ يبـطل الالتـزام لتـخلف شـروط مـحله والـتى هى، فى الفـرض المذكور، شروط فى محل الاداء. **وفى هذه الحالة تتضاءل فى الصياغة القانونية أهمية التفرقة بين محل الالتزام ومحل الأداء.**

- بعد ذلك نعود الى **محل العقد،** فنكرر أولا أن بطلان الالتـزام لتخلف شرط من شـروط محله، ينهـى المشكلة مبكراً فى فـرض البطلان الكلى، وفى شأن محل العقد، بحيث لا يبقى مجال لاثارة هذه المشكلة، حيث لا نصل الى الحديث عن العملية القانونية المستهدفة من وراء التصرف القانونى.

أما اذا توافرت شـروط محل الالتزام، على نحو ما سبق الالماح اليـه. فقد يصير الامر الى بطلان فى مـحل العقد، باعتباره العمليـة القانونية التى تتبلور تتويجا لمقصـد المتعاقدين. **ونعتـقد ان محل العـقد لا يطعن عليه الا لاسـباب تتعلق بالمشروعيـة وفكرة النظام العام او الآداب العامـة.** وذلك اننا اذا تأملنا **حـالات عدم مـشروعـية المحل، وفق مـعناه السابق، فـسوف نلاحظ أن عـدم المشـروعيـة يعـود الى موقف قـانونى من جـانب المشرع منـعا لامـر يرى فيـه مخالفة لاساسيات المجتمع الاخلاقية او الاقتصادية أو الاجتماعية وهو موقف ليس بالموقف التى تقتضيه ضرورة حتمية طبيعيا أو منطقية.** ففى حالات معينة يكون مـحل الالـتـزام فى ذاته **مجـردا من الموقف القانـونى الخاص،** موجودا وممكنا ومشـروعا، ولكن المشرع يتدخل، ليـحول دون اتمام العملية القـانونية،

بنص يستهدف مصلحة عامة، أو من خلال مانع النظام العام، والآداب العامة. وهذا التدخل، الذي يتخذ صورة المنع، قد يكون من خلال صفة أحد المتعاقدين، وقد يكون من خلال صفة فى محل الأداء، يتخذها مناطا للمنع. ولتوضيح ذلك نسوق المثال الاتى : أن يبيع شخص أرضا زراعية لآخر، هذا البيع لا يتضمن اخلالا بأى شرط من شروط محل الالتزام. ولكن عندما يتدخل المشرع ليمنع الاجانب من تلك الاراضي الزراعية، كما فعل المشرع المصرى- فانه يحول دون امام العملية القانونية محل العقد، وهى نقل الملكية للأجنبى فى مقابل الثمن، وكذلك الحال عندما يجيز القانون المدنى ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا (م ١٣١/ ١ مدنى)، فان ذلك يعنى مشروعية الاتفاق على التصرف فى الأشياء المستقبلة مادامت قد توافرت شروط محل الالتزام الأخرى. ولكن عندما يحظر المشرع التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة، ولو كان برضاه، فانه - أى المشرع- يضيف وصفا يحول دون تمام العملية القانونية محل العقد. ايضا حين يكون من الجائز التنازل عن الحق فى العملاء، حال التصرف فى المنشأة التجارية، يكون محل الالتزام مشروعا فى ذاته. ولكن عندما تدخل القضاء الفرنسى قديما من منطلق ما كان يعتبره من الآداب العامة والنظام العام، لكى يحظر التنازل عن العملاء فى نطاق بعض المهن الحرة كالطب والمحاماة، فانه كان يخلق سببا لعدم مشروعية محل العقد، وكان يحول بالتالى دون تمام العملية القانونية المقصودة.

ونخلص من ذلك إلى أن مشكلة محل العقد هى مسألة تتعلق بشرط المشروعية فقط، عندما يوجد نص صريح يمنع اتمام العملية القانونية، أو عندما تصطدم عنده العملية بالنظام العام أو الآداب العامة. وهو موقف قد

يتغير من وقت لآخر كما حدث فى تطور القضاء الفرنسى فى شأن اجازة التنازل عن العملاء فى المهن الحرة بعد أن كان يمنع ذلك فى الماضى.

- ونعرض فيما يلى لتفاصيل الشروط العامة فى محل الالتزام، وهى أن يكون موجوداً، وممكنا، ومعينا، وقابلا للتعامل فيه، ونعرض لهذا الشرط الأخير تحت مقصد «مشروعية المحل».

المبحث الأول
وجـــود المحـل

وينصـرف هذا الشرط الى الأشياء الـتى تكون محـلا للأداء، وذلك فى الالتـزام المتـعلق بأشيـاء التـزم المدين بنقل الحـقـوق الواردة عليـها، أو التـزم بتسليمها. وبعكس هذا الشرط ضرورة منطقية، اذا لا يستقيم الالتزام اذا تعلق بشئ غير مـوجود وغير قابل للوجود مسـتقبلا. فالحد الادنى هو قـابلية محل الاداء للوجود. ويختلـف الأمر باختلاف مقـصود العاقدين. فاذا كـان القصد هو التـعاقـد على شئ مـوجود فـعلا، تـعين استـيفـاء هذا الشـرط لحظة قيـام الاتفاق، فـاذا تبين بعد التـعاقد، أن مـا قصـدا التعاقـد عليه لم يكن مـوجودا بالفعل بطل العقد. أما اذا انصرفت النية الى شئ سيوجد فى المستقبل، فيكفى أن يكون هذا الشئ قابلا للوجود.

ومن أمـثلة عدم وجـود المحل عند التـعاقـد، أن يرد البـيع على حيـوان، ويتبـين أنه كان قد نفق قـبل التعـاقد، أو ان يتـفق على ايجار لمنزل تبـين سبق تهـدمه. ويلاحظ أن ثبـوت عدم وجود الـشئ عند التعـاقد مـتصور تمامـا فى الأشياء المثليـة فلا يتصور فيهـا الهلاك المانع من انعقاد العقـد على اساس انها متـوافرة فى السـوق دائما، ويقـوم بعضهـا مقـام البعض فى الوفاء، وبـالتالى فباسـتطاعة المدين ان يفى بذات الكميـة والنوع المتفق عليه. وهو ما يعـبر عنه بالقول أن «المثليـات لا تهلك». ومع ذلك فمن المتـصور هلاك الشئ المثلى بما يمنع من الانعقاد، وذلك عندما يكون التعاقد قـد تم علي كمية مفرزة ومحددة

موجودة لدى المدين، ثم يتضح سبق هلاكها، كذلك الحال، لو تم التعاقد على بيع جزء من محصول غلة معينة، ثم تبين ان المحصول كان قد هلك على مستوى الدولة بسبب عام كموجة صقيع أو سيول أو آفة زراعية عامة، مما قضى على سوق الشئ المبيع فى الدولة[١].

وكما سبقت الاشارة ينظر إلى شرط وجود محل الالتزام عند التعاقد، فاذا استقام أمره على هذا النحو، ولد الالتزام صحيحا، حتى ولو هلك الشئ بعد العقد، فالهلاك اللاحق لا يؤثر فى صحة الاتفاق، وان كان يؤدى الى الفسخ لاستحالة التنفيذ. وفى ذلك تقرر المادة ١٥٩ مدنى «فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».

ويلاحظ أنه لا وجه للبطلان، رغم تخلف المحل، فى التعاقد على أشياء مستقبلة، اذا كان ذلك أمرا احتماليا في مقصود المتعاقدين وعلمهما. فالتعاقد على سلعة مع الاقرار باحتمال عدم توافرها، يصح معه العقد، ولو لم توجد السلعة مستقبلا، ويكون الجزاء هو الفسخ وليس البطلان.

---

(١) راجع : نقض عرائض فرنسى ١٥ فبراير ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-١- ٢٦٨.

حظر التعامل في التركـة المستقبلة:

- أجازت المادة ١٣١/ ١ مـدنى صراحـة «أن يكون محل الالتـزام شيـئا مسـتقـبلا» ومفـاد ذلك أنه يجوز ألا يكون مـحل الالتزام غيـر موجـود حال التعاقـد، طالما أنه سيوجد فى المسـتقبل. وبشرط أن يكون هذا المحـل معينا أو على الأقل قـابلا للتعيين. ومـن ضروب التعـامل على الاشيـاء المستـقبلة، أن يتنازل كاتب عن حقوق مؤلفه الماليـة قبل أن يخرج المصنف إلى حيز الوجود، أو أن يبيع مـزارع محصـول أرضه عن موسم لاحق، أو أن يبـيع مالك، أو أن يؤجر، وحـدة سكنية فى عمـارة لم يتم بناؤها أو تحت الانشاء، أو أن يتعـاقد رجل أعمال على ما سوف ينتجه مصنعه من بضائع فى دورة انتاج قادمة.

والأصل، بالتالى، جواز التعامل علـى الأشيـاء المستقبلة عملا بنص المادة ١٣١/ ١ مدنى، ونزولا على اعتبارات عملية اقتضت الحاجة إلى هذه الاجازة التشريعية(١).

غـير أن المشـرع، ولاعتـبارات أخـرى، مناقضـة، قد يحـّرم التعـامل في الاشياء المستقبلة فى حـالات معينة. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٣/ ٢ مدنـى من أن «يقع باطلا رهن المال المسـتقبل». وكـذلك ما نصت عليـه المادة ١٠٩٨ مدنى من احالة الى ذات الحظر في صدد الرهن الحيازى: «تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ و ٠٠٠٠ المتعلقة بالرهن الرسمى».

واذا عـدنا الى اصل الاباحة والتـعامل فى الـشئ المستـقبل وفـقا للمـادة ١٣١/ ١ مدنى، نجد أن المشرع خرج على هذه الاباحة في الفقرة الثانية وحظر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة، حيث يقع «باطلا، ولو كان برضاه، إلا فى الاحوال التى نص عليها فى القانون».

(١) راجع : محمد على عمران، السابق، ص ١١٢

وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن نصا فى شأن هذا الحظر، ولكنه كان يقصر الحظر على **البيع** (مواد ٢٦٣/ ٣٣٢ من القانون المدنى القديم): «بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه». ومع ذلك فقد توسع الفقه والقضاء فى ظل هذا القانون بمد الحظر الى كافة أنواع التعامل، أى سواد أكان بيعا أو غيره[1]. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة ١٩٣٤[2] من أنه «لايجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شئ ينتج الارث عنه، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم حق الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام، فاذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على ان يتملكها اذا ماتت قبله، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله في حالة وفاته قبلها... فان التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا انه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وانه اتفاق مقصود به حرمان ورثه كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث، فهو اتفاق باطل. أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه..».

- وعند اعداد مشروع القانون المدنى الحالى تراوحت الاتجاهات، في نطاق الحظر بين حظر التعامل فى تركة مستقبلة الا برضاء صاحب الشأن، وإما حظر مطلق للتعامل ولو كان برضاء المورث؟ وكان الاتجاه الى تجويز التعامل اذا كان برضاء صاحب الشأن. على أن يكون الرضاء ثابتاً في ورقة

---

(١) راجع: السنهورى، السابق، رقم ٢١٧.

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر-١- رقم ١٩٩.

رسمية. ففى فرض الموافقة تنتفى علة البطلان، وهى الخوف من المضاربة على حياة المورث قبل وفاته رغما عن ارادته. فاذا ما وافق فان معنى ذلك ان لديه اسبابا معقولة للسماح للورثة الاحتمالين أن يتفقوا على ترتيب اوضاع ما يؤول اليهم مستقبلا من أمواله[١]، وبالتالى فان التصرف فى التركة المستقبلة، يصح، وفقا لهذا الاتجاه، بشرط موافقة اطراف الاتفاق، وموافقة صاحب الشأن.

غير أنه بعرض الموضوع على لجنة المراجعة عدل عن هذا الاتجاه السابق رجوعا الى الحظر الصارم لكل صنوف التعامل في التركة المستقبلة حتى ولو كان ذلك برضاء صاحب الشأن (م ١٣١/ ٢ مدنى). وقد ارد المشرع الى جانب هذا الحظر ان يسمح بصورة من صور التعامل المفيد الذي قد تقتضيه الضرورات العملية، فأجاز، استثناء، وبرضاء المورث، الاتفاق على قسمة التركة المستقبلة: «تصح الوصية بقسمة اعباء الشركة على ورثة الموصى.. (راجع المادتين ٩٠٨ و٩٠٩ مدنى). كما يدخل ضمن اجازة التصرف ايضا أجازة الوصية (م٩١٥ مدنى).

وحاصل ما سبق ان المبدأ قد استقر، حازما، على منع التعامل فى التركة المستقبلة، فيما عدا ما ذكر من استثناء[٢].

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء -٢- ص ٢٠٥ هامش.

(٢) يعود المنع فى القانون الفرنسى، تاريخيا، الى القانون الرومانى، حيث منع هذا القانون التعامل في التركات المستقبلة. وتبعه في ذلك القانون الفرنسى القديم. ولكن المنع كان، فى هذين القانونين، أقل اتساعا منه فى الوقت الحالى. فقد أجاز هذان القانونان العديد من الاستثناءات. ففى القانون الفرنسى القديم كانت الاستثناءات تسمح للنبلاء بالاتفاق، عند الزواج، على تنازل العروس عن نصيبها في الميراث في مقابل ما تحصل عليه من دوطه Dot

ونعرض فيما يلى لتحديد نطاق هذا المنع وحدوده :

أولا - التركة هى مجموع الحقوق (والالتزامات) الثابتة فى ذمة الشخص عند وفاته، ونعتقد أن هذا المعنى، يقتصر، فى معنى المادة ١٣١/ ٢ مدنى ، على الحقوق دون الالتزامات[1] لأن معنى التركة فى هذا المقام، هو الجانب الايجابى، الذي يرد عليه التصرف، ويحمل معنى المضاربة. أما الجانب السلبى، الالتزامات، فانها لا تحمل هذا المعنى، فضلا عن أنها من جانب آخر، تستنزل من عناصر التركة، فلا يبقى هذا الوصف الا للحقوق الصافية (وفقا لقاعدة أن لا تركة الا بعد سداد الديون) ولذلك لا يعتبر

= تقدمها لعريسها. أما فى القانون الفرنسى الحالى، فالمنع يكاد يكون مطلقا، شأنه شأن القانون المصرى (م١١٣٠ مدنى فرنسى). والقضاء الفرنسى حريص على التمسك بتطبيق الحظر فى حالات عديدة عرضت عليه: من ذلك ما قضى به من بطلان اتفاق الزوج المالك لمحل تجارى على أيلولة هذا المحل الي زروجته اذا توفى قبلها (نقض مدنى فرنسى ١١ فبراير ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣-١-١٠)، كما قضى ببطلان الاتفاق بين الزوج وزوجته على أيلولة نصيبه فى شركة الى زوجته اذا توفى قبلها (نقض مدنى ٢٠ يوليو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ٥٥٥)، كما قضى ببطلان الاتفاق بين والد العروس وعريسها على ان يتنازل الاب عن استرداد الدوطة حال وفاة الزوجة قبل زوجها (الدوائر المجتمعه ٢ يوليو ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٤-١-٦٥)، وراجع من الاحكام الفرنسية الحديثة نقض مدنى ١و ١٧ مارس ١٩٨٧ بلتان المدنى -١- رقم ٩٧ وملاحظات فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٨٧ ص ٧٥٥ حيث طبقت المادة ١١٣٠/ ٢ مدنى فرنسى وابطل التصرف باعتباره ورد على تركة مستقبله رغم انه تصرف من جانب واحد ولكنه لم يتخذ شكل الوصية.

وراجع الاتجاهات التشريعية الحديثة فى فرنسا نحو اجازة بعض صور التصرف فى تركة مستقبلة، نزولا على اعتبارات الحاجة العملية وصحة شرط استمرار الشركة المدنية فى حالة موت أحد الشركاء (م ١٩٧٠ مدنى فرنسى معدلة بقانون رقم ٩ فى ٤ يناير ١٩٧٨، كذلك راجع نص المادة ٩٣٠/ ٢ مدنى فرنسى بالقانون رقم ٥٢٣ فى ٣ يوليو ١٩٧١.

(٢) راجع وقارن السنهورى، السابق، رقم ٢١٧.

تعاملا في التركة أن يؤجل المدين الوفاء بالدين حتى وفاته هو، اذ ان ذلك يعد مجرد تأجيل لأجل لا علاقة له بالتعامل فى تركة مستقبلة. وكذلك الحال لو استأجل المدين دائنه الى وقت وفاة مورث المدين، ولو كان باعثه فى ذلك أمله فى سداد الدين من الميراث المحتمل(١).

ثانيا– ان التعامل **المحظور** في التركة المستقبلة، **هو التعامل في كل التركة أو جزء منها، أو مفرد من مفرداتها، باعتبارها قائمة فى ذمة الشخص حتى وفاته، ويجرى التعامل فيها على هذا الوصف**. أما اذا كان التعامل على مال بغير هذا الوصف، أى لم ينظر اليه على أنه جزء من تركة مستقبلة، فان التعامل يقع صحيحا. وتطبيقا لذلك فان لأى شخص أن يتصرف لوارثه المحتمل، او لغير وارث، في مال من أمواله تصرفا منجزا، كالبيع، أو الهبة. فمثل هذا التصرف لا علاقة له باعتبارات التركة «فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه الى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ولو كان التصرف صادرا لأحد الورثة(٢). ولا يرد على هذه الحرية الأخيرة إلا القيود التى يقررها المشرع في حالة تصرف الشخص وهو فى مرض الموت(٣) وفي حالة الوصية(٤).

---

(١) راجع : السنهورى، السابق.

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر -١- رقم١٩٩.

(٣) حيث تنص المادة ٩١٦ مدنى على أن كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر مضافا الى ما بعد الموت، وتسرى فى شانه احكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى له.

(٤) حيث لا تجوز الوصية الا في حدود ثلث التركة وفقا للقانون، كذلك المادة ٩١٧ مدنى والتى تعتبر في حكم الوصية تصرف الشخص لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، ما لم يقم دليل يخالف ذلك.

ثالثا- أن المشرع المصرى قد استخدم فى التعبير عن الحظر تعبير «**التعامل.. باطل**» وهو بهذا اللفظ العام **حظر «التعامل»** يستهدف الحيلولة دون أي نوع من أنواع التصرفات، سواء كانت تصرفات ناقلة للملك، كالبيع والمقايضة والهبة، أو تقديم نصيب الوارث كحصة فى شركة، أو كانت من أعمال الادارة، كما هو الحال فى عقود الإيجار التى يصدرها شخص عن شئ باعتباره جزء مما سيرثه مستقبلا. وكذلك يشمل الحظر التصرفات الكاشفة كأن يتفق الورثة الاحتماليون على قسمة تركة مورثهم أثناء حياته[1]. ففي جميع صور تلك المعاملات يحمل الأمر معنى المضاربة على حياة المورث، كما يحمل معنى غير أخلاقى، إذا كان التعامل من وارث، إذ تصبح له مصلحة في التعجيل بوفاة مورثه.

رابعا - أن **الحظر يشمل**، وعلى ما اتضح من التحديدات السابقة، **المورث نفسه كما يشمل غيره من ورثته**. وبالتالى فأى تعامل أيا كان نوعه في التركة المستقبلة من جانب أي وارث احتمالى، يقع باطلا بطلانا مطلقا، بل ينصرف هذا البطلان إلى أى قيد يقبله الوارث المحتمل علي حريته في التصرف وكذلك أى إقرار مسبق فى أى شأن من شئون التركة المستقبلة. ولذلك يقع باطلا أي إقرار مسبق بأى وصية يتبين وجودها بعد وفاة المورث، سواء أكانت لأجنبى أو لوارث، وكذلك اى اتفاق مسبق على بطلان أية وصية تصدر من مورثهم وتظهر بعد وفاته، كما يعد باطلا تصرف الشخص

---

(١) لاحظ ما سبق ذكره من أن المشرع المصرى أجاز للمورث نفسه أن يوصى بقسمة أعيان التركة على ورثته بحيث تنفذ هذه الوصية بعد موته. أما الورثة فيما بينهم فلا يجوز لهم ذلك قبل الوفاة.

فى حقوق أى تركة تؤول اليه حتى ولو لم يحدد صاحبها[(١)].

ولكن لا يعد تصرفا فى تركه تصرف الوارث فى أحد أموال مورثه، لا باعتباره تركة مستقبلة، ولكن باعتباره مملوكا له - أى البائع - ملكية حالة. ففى هذا الفرض يقع البيع قابلا للبطلان باعتباره بيعا ورد على ملك الغير فحسب (م ٤٦٦ مدنى وما بعدها). كذلك الحكم في رهن ملك الغير (م١٠٣٣ مدنى) فى هاتين الحالتين الأخيرتين يفهم الامر على أنه تضمن التزاما بالحصول على موافقة المالك الحقيقى أو بالحصول على ملكية المال المبيع، أو المال المرهون. فالأمر لا يتضمن مضاربة كتلك القائمة فى التعامل في التركة المستقبلة ومن هنا كانت المفارقة في الحكم.

---

(١) السنهورى، السابق، في الهامش وراجع نقض مدنى ٢٩/ ١/ ١٩٧٩ مجموعة النقض س٣٠ رقم ٣٥٨ حيث يتلخص موضوع الدعوى فى أن أبا سلم لابنه حال حياته قطعة ارض ليستغلها مع وعد أن يبيعها له بعد سداد الديون التى تثقلها، وعلى اعتبار ان هذه الارض هى مقدار نصيبه فى ميراثه المستقبل وألا يكون له نصيب آخر في التركة فيما عدا نصيبه في النخيل. أقام الأب دعوى ببطلان هذا التصرف. وقضي له بالبطلان استئنافيا وتأيد الحكم من جانب محكمة النقض. وقد اسست المحكمتان البطلان على اساس عدم مشروعية السبب. والحقيقة أن البطلان يعود الى عدم مشروعية المحل، باعتبار ان التصرف ورد على تركة مستقبلة، فالتصرف باطل لانه تصرف منجز انصرف الي مال باعتباره مستقبلا، من أموال تركة الاب : راجع وقارن تعليق الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، ص ٤١٨ هامش ١.

المبحث الثانى
أن يكون المحل ممكنا

وينصرف شرط امكانية محل الالتزام الى الالتزامات التى يكون محلها العمل أو الامتناع عن عمل. وهو تطبيق لقاعدة أصولية : «لا تكليف بمستحيل». وقد أوردت هذه القاعدة صراحة المادة ١٣٢ مدنى بقولها« اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا». والاستحالة المقصودة فى هذا المقام تتحدد بمعنيين:

المعنى الأول : أن المقصود بالاستحالة هى تلك المعاصرة لانعقاد العقد. ففى هذه اللحظة ينظر الى تكوين العقد، فان تخلف عندها محل الالتزام، فلا تقوم للالتزام قائمة منطقا وقانونا. وعلي هذا الاساس فاذا كان محل الالتزام ممكنا عند التعاقد انعقد الاتفاق صحيحا، حتى ولو طرأت الاستحالة بعد ذلك. فالاستحالة الطارئة لا تثير مسألة الانعقاد، ولكنها تثير مسألة من يتحمل تبعتها، اثر انفساخ العقد، بسبب استحالة التنفيذ.

ويلاحظ أن شرط الامكان، فى وروده على العمل والامتناع يقابل شرط الوجود حين يتعلق الالتزام بشئ، أى حين يكون الشئ محلا للأداء. واتساقا مع ذات هذا المنطق، فان شرط ان يكون الشئ مملوكا للمدين، بالنسبة للأشياء يقابله، بالنسبة للعمل والامتناع، أن يكون المدين قد التزم بنشاط شخصى أو بامتناع عن نشاط شخصى. ذلك انه ليس فى استطاعه احد ان يلزم آخر بعقد لم يكن هذا الاخر طرفا أو ممثلا فيه. فكما لا يجوز التعامل في ملك الغير، بالنسبة للأشياء، لا يجوز التعهد عن الغير بالنسبة للاعمال. وعدم الاجازة فى هذه الحالة الاخيرة، تعنى فقط الا يلتزم شخص نتيجة تصرف لم يكن طرفا

فيـه. ومع ذلك فان القـانون المدنى يعرف ما يسـمى التعهـد عن الغيـر، حيث تنص المادة ١٥٣ مدنى على أنه «اذا تعهد شخص بأن يجـعل الغير يلتزم بأمر، **فلا يلزم الغـير بتعـهده..**» وهذا النص لا يمثل خـروجا على مـبدأ نسـبيـة أثر التـصرفـات (الذى يقضى بأن لا يرتب العـقد التـزاما فى ذمـة الغـير م ١٥٢ مدنى)، بل هو تأكيد لهذا المبدأ، فاذا تعهد شخص عن غيره، فان ذلك لا يلزم هذا الاخـير، ومن حـقـه ان يرفض» فـاذا رفض الغيـر أن يلتـزم، وجب على المتعهد ان يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفـسه بتنفيـذ الالتزام الذى تعهد به «م ١٥٣/ ١ مـدنى». ومعنى ذلك أن المتعـهد عن الغير يلتـزم شخصيـا بالقيام بنشاط شـخصى، أولا، وهو حمل الغير المتـعهد عنه بأن يؤدى العمل المتعهد به، وهو تعهـد صحيح ما دام هذا العمل ممكنا، أى غـير مستحـيل. ولكن يبقى أن الغير، المتـعهد عنه، يظل أجنبيا عن الاتفاق الذى لا يلزمه قانونا، وله الخيار، إن شاء قبل أن يلتزم، وان شاء رفض، وفي حـالة الرفض تقع المسئوليـة على عاتق المتعهـد وحده، على نحو مـا سبق ذكره. وخلاصـة ذلك أن المتعهد عن الغـير ينشئ التزاما بالـقيام بعمل (حمل الغير على القيام بموضوع التعهد) على عاتق المتعهد دون سواه.

ويرى بعض الفـقه أن وجهـا من وجوه الاستـثناء، على مبـدأ نسبـية اثر العقـد، يتوافـر فى حالة قـبول الغير للتـعهد مـن وقت التعهـد، لا من وقت القبول، أى بأثر رجعى. ويتوافر هذا الاثر الرجـعى «اذا قصد الغير صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد «(م ١٥٣/ ٢ مـدنى مصـرى) ويقـرر القـضاء الـفرنسى هذا الاثـر الرجعى بغـيـر نص[1].

---

(١) راجع : مـازو وشـابا ودى جـوجـلار، الـسـابق، رقم ٢٤١، نقض مـدنـى فـرنـسى ٣٠ يناير ١٩٥٧، دالوز ١٩٥٧- ١٨٢، ٨ يوليو ١٩٦٤ دالوز ١٩٦٤- ٦٥٠.

فالتعـهد عن الغير، ينتج اثره، في حق هذا الغيـر، منذ حـدوثه، وذلك اعمالا للاثر الرجعى للقـبول.

المعنى الثانى : ان المقصود بالاسـتحالة، التى تبطل العقد، هى الاسـتحالة المطلقة، وليس الاستحالة النسبية. فمع هذه الاخيرة (النسبية) يصح الالتزام.

والاستحالة المطلقة هـى تلك التى تنصرف الى الكافة، وبمعنى آخر يكون محل الالتزام مستحيلا فى ذاته، وهذا المعنى يعطى الاستحالة المطلقة المضمون الموضـوعى دون الشخـصى، فالعـمل الذى يستطيع غـير المدين أداءه لا يـعد مستحـيلا، ولو استحال على المدين شـخصيا. فالمدين الذى يتعـهد بأداء عمل فوق طاقته، أو يتجاوز نطاق كفاءته العلمية أو المهنية، لا يعد التزامه باطلا ولو استحال عليه الأمـر شخصيا، لأن هذه الاستحالة هى استحـالة نسبية وليست مطلقة. ومثال ذلك أن يتعهد شخص برسم لوحة فنية وهو غير ملم بأى أصل من أصول الرسم، فـغيـره، ممن تتوافر له هذه الاصـول، يستطيع القـيام بمحل الالتـزام. وكـذلك من يتـعهـد بنقل بضـاعـة الى خـارج الوطن وهو لا يملك امكانية ووسائل النقل اللازمة. ففى مثل هذه الحالات يكون الالتزام صحيحا، ويتعين على المدين أن يفـى بدينه عن طريق شخص آخر قـادر على الوفاء، أو أن يتحمل مسئولية التعويض عن عدم الوفاء.

أما الاستحـالة المطلقة موضوعيا فمـنها ما يعود الى اسباب طبيـعية، كأن يتعهد شخص باحياء الموتى، أو أن يلمس الشمس بيديه، أو أن يخلق من الماء ذهبا، أو من الملح سكرا[1].. وهذه الصور من الامثلة تعود فيها الاستحالة الى **الطبيعة**، بما يتجاوز، موضوعيا قدرة أى شخص.

---

(١) هذه الامـثلة هى فى حدود الـعلوم بحالتـها الـراهنة بطبيـعة الحـال، وهى أمـثلة نظرية اذ لا يتصور أن يرد اتفاق جاد على مثل هذه الامور.

وقد ترجع الاستحالة المطلقة إلى القانون، وذلك اذا كان العمل محل الالتزام مستحيلا لسبب قانونى مانع. ومثال ذلك أن يتعهد محام برفع طعن بالاستئناف او بالنقض، بعد فوات المواعيد القانونية، أو ان يتعهد شخص بأن ينقل الى آخر ملكية عقار حال كون العقار منزوع الملكية للمنفعة العامة[١] ففى هذه الفروض تكون الاستحالة قانونية.

(١) فى هذا المثال محل الالتزام (نقل الملكية) يستحيل قانونا، وترجع الاستحالة فى ذات الوقت الى أن محل الاداء (العقار) أصبح خارج دائرة التعامل.

المبحث الثالث

أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

نصت المادة ١٣٣ مدنى: «(١) اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا».

«(٢) ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط» وتنص المادة ١٣٤ مدنى «اذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر».

والنصان السابقان يعرضا لشرط التعيين فى محل الالتزام. إذ يتعين أن يكون هذا المحل معينا أو قابلا للتعيين على الأقل. مع التعرض لمحاور ثلاثة فى هذا الصدد، اذا كان المحل من **الأشياء القيمية**، أو كان من **الأشياء المثلية، أو كان نقودا**، ويلاحظ أن هذه المحاور تتعلق بالالتزام باعطاء، حيث يكون محل الالتزام نقل حق عينى على شئ. ففى هذه الحالات يكون مجال الحديث عن تعيين **محل الأداء والتفرقة** بين الأشياء القيمية والأشياء المثلية.

غير أن هذا التحديد لا ينفى أن شرط التعيين يقتضى ايضاحين يكون محل الالتزام **عملا أو امتناعا عن عمل**. اذ يتعين فى هذه الحالة أن يكون النشاط المطلوب، ايجابا أو سلبا، معينا، أو قابلا للتعيين. فحين يلتزم شخص

بأداء عمل فنى لابد أن يتحدد هذا العمل، غناء أو تمثيلا أو رقصا أو أن يكون من ظروف الحال وملابسات التعاقد ما يجعله قابلا للتعيين على الاقل، وكذلك الالتزام بامتناع، كالالتزام بعدم المنافسة، اذ لابد أن يكون النشاط موضوع الامتناع معينا أو قابلا للتعيين ، فان جاء العمل أو الامتناع مطلقا غير محدد وغير قابل للتحديد، وقع الالتزام باطلا بطلانا مطلقا لان المحل فى هذه الحالة يكون فى حكم المعدوم[١].

والحقيقة أننا لا نتصور اتفاقا على القيام بعمل، أو الالتزام بامتناع عن عمل، دون تعيين أو قابلية للتعيين. ذلك أن تقنية التعاقد، وتكوينه، لا يستقيم إلا بالتعيين. فكيف يتصور أن يكون الايجاب محددا وقاطعا لا يحتمل التأويل ما لم يكن العمل، أو الشئ موضوع التعاقد معينا أو على الاقل قابلا للتعيين؟ وشرط التعيين، على النحو السابق، يرد على محل أى التزام أو اداء. وقد عنى نص المادة ١٣٣، ونص المادة ١٣٤ بالتعرض له فى شأن الاشياء المعينة بالذات (الاشياء القيمية) والاشياء المعينة بالنوع (الاشياء المثلية) والنقود.

ونعرض لكل حالة من هذه الحالات الثلاث فيما يلى :

أولا- الأشياء المعينة بالذات :

إذا تعلق الالتزام بشئ معين بالذات، فإن مقتضي تعيينه أن يوصف وصفا يمنع اختلاطه بغيره، ويحول دون تجهيله. وبمعنى آخر أن يؤدى الوصف إلى تفريد الشئ بما يحدد له هوية وذاتية خاصة به. فإذا تعلق الالتزام بأرض فضاء

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٢٢٢.

وجب تحديد مساحتها وموقعها وإذا ورد على مبنى وجب تعيين موقعه ووصفه من حيث تحديد عدد طوابقة ووحداته وحدوده من الجهات المختلفة ايضا. واذا ورد التعاقد على سيارة تعين تحديد نوعها وأوصافها وسنة صنعها.... الخ.

ويتصل هذا التحديد بسلامة التعاقد، فاذا كان الشئ مجهلا بطل العقد بطلانا مطلقا. فالتجهيل يقوم مانعا من التقاء ارادتى المتعاقدين على نحو يسمح بابرام الاتفاق. وقد أورد المشرع المصرى تطبيقا خاصا لتعيين المحل، ولكن من زاوية خاصة، فى صدد عقد البيع. فقد نصت المادة ٤١٩ مدنى على أنه «يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل على بيان المبيع، وأوصافه الاساسية، بيانا يُمكن من تعرفه». غير ان الجزاء في هذه الحالة هو حق المشترى فى ابطال العقد، ما لم يكن قد ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع (م ٤١٩/ ٢ مدنى).

والفارق واضح بين القاعدة العامة فى تعيين محل الالتزام ومسألة العلم الكاف بالمبيع فى عقد البيع. فقاعدة ضرورة التعيين تفادي التجهيل الذى يحول دون التقاء الارادتين. إذقد يتبلور عدم التعيين، على هذا النحو، فى صورة الغلط المانع من التعاقد، وجزاؤه بالتالى البطلان المطلق. أما مسألة عدم العلم الكاف فهى درجة اقل من التجهيل بمعناه السابق، اذ ينصرف مفهومها الى عدم كفاية العلم (وليس الى درجة التجهيل المانع من الاتفاق)، فهى تعبير عن ضرب من ضروب عدم المعاينة اللازمة والكافية، من جانب المشترى، وجزاؤه البطلان النسبى وليس البطلان المطلق. وهذا النظام الاخير (العلم الكاف) مأخوذ عن الشريعة الاسلامية، استنادا الى حديث للرسول عليه الصلاة والسلام : «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه».

ثانيا - الأشياء المعينة بالنوع :

اذا كان محل الالتزام متعلقا بشئ معين بالنوع (مثليات) «وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا «(م ١٣٣/ ١ مدنى).

وهذه الاشياء هى تلك التى يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء، والتى تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد او المقاس أو الكيل أو الوزن (م ٨٥ مدنى) فهى أشياء تتشابه فيما بينها بحيث تقوم بينها «علاقة تكافؤ». ومن أمثلتها الغلال والنواكه واللحوم. ونظراً لهذه الطبيعة السابقة فى المثليات فان التعيين فى شأنها لابد ان يكون على تحديد الجنس والنوع والمقدار. فاذا ورد التعاقد على غلال وجب تحديد نوع المتعاقد عليه كأن يتحدد قمحا أو قطنا، ونوعا كأن يقال قطن طويل التيلة أو اشمونى، ثم ان يتحدد المتعاقد عليه وزنا بأن يذكر أن المبيع يزن عشرين قنطارا من القطن أو عشرة أرادب من القمح.. وهكذا. ويلاحظ أنه بالنسبة للكمية يجوز أن يكون الشئ قابلا للتعيين طالما تضمن الاتفاق ما يمكن معه تحديد الكمية المتفق عليها. كأن يتم التعاقد على الفول والعدس اللازم لتغذية عدد معين من طلاب كلية داخلية، أو عدد من المرضى المقيمين بمستشفى محدد[1]. ومن ناحية أخرى فان تعيين محل الاداء

(١) ففى عقد الكفالة يجوز أن يبرم خلوا من تحديد الدين المكفول، وفي هذه الحالة يكون محل التزام الكفيل قابلا للتحديد بالرجوع للدين المكفول وفى حدوده دون زيادة عملا بقاعدة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، ولقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز ان يكون بمبلغ أكبر أو بشروط أشد (م ٧٨٠ مدنى). وقد قضى فى فرنسا بأن محل الالتزام يكون قابلا للتعيين اذا تضمن الاتفاق حدا ادنى للكمية المتعاقد عليها وأمكن تحديد الحد الاقصى بتفسير العقد والبحث عن مقصود المتعاقدين: نقض فرنسى عرائض ٢ يونيو ١٨٥٦ دالوز ١٨٥٦-١-١٥٨، كما قضي بأن محل الالتزام يكون قابلا للتعيين اذا كان يتراوح بين حد ادنى وحد اقصى متفق عليه (نقض تجارى فرنسى ٢٩ مايو ١٩٧٢ دالوز ١٩٧٣- ٢٥٥).

قد يتضمن درجة الجودة المطلوبة، ومع ذلك فان تخلف الاتفاق عليها وجب ان يكون الشئ من صنف متوسط (م١٣٣/ ٢ مدنى)، فالمدين لا يستطيع تسليم الأردأ كما لا يجبر على تسليم الأجود، وهو ما يحقق توازنا يحول دون غبن أى من الطرفين.

ويلاحظ فى شأن تعيين محل الاداء، أمران:

الأمر الأول : أنه لا يتنافى مع شرط قابلية المحل للتعيين أن يعهد به الى شخص ثالث، كما لو اتفق على بيع سلعة بثمن يقدره خبير أو شخص من غير المتعاقدين عموما، ففى هذه الحالة يكون محل التزام المشترى، وهو الثمن، قابلا للتعيين، فاذا قام هذا الغير بتحديد الثمن كان التقدير ملزما للطرفين، واذا لم يفعل كان البيع باطلا لعدم تعيين محل التزام أحد المتعاقدين وهو المشترى.

ولكن لا يجوز فى جميع الحالات، أن يترك التعيين لمحض مشيئة المدين، لأن فى ذلك تعليقا للالتزام على شرط ارادى محض وهذا غير جائز قانونا. وكذلك لا يجوز أن يكون تعيين محل التزام المدين معلقا على محض مشيئة الدائن، حتى لا يقع الاول تحت رحمة الثانى. وعلى العكس، يجوز أن يترك تعيين المحل لارادة احد المتعاقدين اذا ارتبط هذا التعيين بأسس ثابتة ومحددة فى الاتفاق، على نحو ينأى معها التعيين عن تحكم ارادة أحد الطرفين أو تعسفه[1].

(١) راجع : جستان، السابق، رقم ٥٢٠، وراجع: تعليق هام للاستاذ مالورى فى دالوز ١٩٧٤- ص ٩٣ تحت حكم محكمة باريس فى ٢٢ نوفمبر ١٩٧٢.

الامر الثانى : أنه يتعين التمييز بين تعيين محل الأداء، أو قابليته للتعيين، كشرط لازم لانعقاد العقد، ومسألة أخرى مختلفة وهى تعيين قدر الأداء المطلوب لتنفيذ محل الالتزام، ولتوضيح هذا التحديد الأخير نسوق مثلا من واقع اتجاه بعض شركات اصلاح السيارات الى تحديد أجر الاصلاح وفقا لعدد الساعات التى يستغرقها هذا الاصلاح، بالاضافة الى ثمن قطع الغيار اللازمة. ففى هذه الحالة يكون محل التزام ورشة الاصلاح معينا، وهو اصلاح السيارة، وفي حين أن قدر الاداء الذى يلتزم به صاحب السيارة لن يتحدد الا من خلال تنفيذ الاصلاح وتحديد قدر الوقت الذى يستغرقه، وبالتالى فان عدم معرفة الاجر المطلوب مقدما لا يخل بانعقاد العقد، ولا يخل بتوافر شرط تعيين محل الاداء.

ثالثا - عندما يكون محل الالتزام نقودا:

تمثل النقود الوسيلة الرئيسية لتبادل السلع والخدمات فى المجتمع. وتتحدد النقود فى أوراق مطبوعة معتمدة من الدولة أو فى عمله معدنية مضروبه أيضا بمعرفة الدولة. والنقود على هذين المعنيين اشياء بالمعنى المادى، وهى اشياء تعبر عن قيمة بالمعنى القانونى والنقود كاشياء تعتبر اشياء مثلية، بل هى اشياء مثلية باقصى ما فى هذا التعبير من معنى. حيث تتمثل وحداتها تماثلا مطلقا.

وللنقود قيمة اسمية تحددها الدولة ابتداء، والنقود تنفرد بهذا المعنى على نحو تام لا يتوافر لأية قيمة أخرى. ويترتب على ذلك أن النقود أداة وفاء كاملة فى المعاملات، بل هى أداة وفاء الزامية بحكم القانون. ومن ناحية

اخـرى تؤدى النقـود وظيـفـة تقـيـيـم للاداءات المختـلفة الـتى تدور فى فلك المعاملات اليومية فى الاقتصاد. وعلى هذا النحو لا يستقيم - بغير النقود- ان تضطرد عـجلة الاقـتصـاد على نحـو ما هى عليـه فى الوقت الحـالى، لان اى اقتصاد لا يمكن ان يسـتقر أو ان يتطور دون ان تكون النقود أداته للتعبـير عما يعج به من سلع وخدمات ومعاملات.

ونظراً لهذه الاهمـية البالغة للنقـود فانها تخضـع -رغم دخـولها فى ذمم الافراد كشئ مملوك لهم - للسيطرة القانونيـة. فالمشرع وحده هو الذى يحدد سعـر صرفها فى ضـوء المعطيات والمتغـيرات الاقتصـادية، وقد يجرى عليـها تخفـيضات فى القـيمة، دون ان يملك اصحـابها ،من الافراد او غـيرهم، مكنة الاعـتراض أو طلب الـتعـويض. **فالدولة تضـمن قيمتـها الاسمية ولكنها لا تضمن تعـبيرها عن قـدر معين من القيـمة الاقتـصادية**. وبالجـملة فان النقـود تتـعرض رغم دخـولهـا الى الذمـة المالية للاشـخـاص لتقلبـات تنتج امـا عن حالات الانكماش الاقتصادى او عن حالات التضخم. بل أن الدولة قد تجرى تخفـيضا لقيـمة عملتـها الوطنية، مما يعنى، عـمليا، مصـادرة جزء من ثروات الافراد. ومع ذلك لا يملك احد الاعتراض قانونا على ذلك.

تلك مقـدمة لازمة، نعـرض بعدها لمشكلات الوفـاء بالالتزام حين يكون محل الاداء مبلغاً من النقود.

نصت المادة ١٣٥ مـدنى على أنه «اذا كـان مـحل الالتـزام نقـودا، التـزم المدين بقدر عددها المذكـور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيـمة هذه النقود او لانخفاضها، وقت الوفاء، أى اثر».

ويقرر هذا النص أن الوفـاء بالديون النقدية يكون بذات عـددها المذكور في العقـد، أي «جنيهـا بجنيه»، «ومـائة بمائة والف بالف»... الخ بمعنى انه لا تأثير، على هذا الوفاء، لأى تقلبات فى قيمـة العملة، سواء كانت التقلبات قد أدت الى زيادة هذه القيمـة، أو ادت، على العكس، الى انخفاضهـا. فالالتزام بدفع مبلغ نقـدى يكون بالعدد والقيـمة الاسمـية لقدر الدين، فـاذا تم الوفاء على هذا النحو برأت ذمة المدين، حـتى ولو كان ما سدده قد انخفضت قـيمته الاقتصادية الفعلية بسبب التضخم الاقتصادى. وينطبق هذا المبدأ بصفة خاصة على عقود القـروض، كما ينطبق، بصفـة عامة، على كافة الـعقود التى يكون محل الاداء فيهـا اعطاء مبلغ نقدى. فذمة المقترض تبـرأ بوفاء قدر الدين عداً ونقداً، وكذلك ذمة المشترى فى البيع، وذمة المستأجر في الايجار.... الخ.

غير أن القاعـدة السابقة لا تخلو من آثار سلبية من الناحيـة المالية، خاصة فى أوقـات الاضطراب الاقـتصـادى والمالى. فـقد يـتعـرض المجـتمع لأزمـة اقـتصـادية طاحنة، وقـد يتـعـرض لحالة حـرب يطول امـدها. وفى مـثل هذه الحـالات تتدهـور قيـمـة العملة تـدهوراً يلحق بالدائنين أبلغ الأضـرار. وفى النطاق القانونى تظهر مـساوئ هذا التدهور عندما يكون العقد متـتابع التنفيذ عبر حـيز زمنى طويل، أو عندما يكون عقـدا زمنيا بطبعتـه. وكذلك الحال فى العقود المؤجلة التنفـيذ فى شق منها، كالبيوع بائمـان آجلة. ففى هذه الفروض قد تـتـدهور قيمـة العملة ومع ذلك تبرأ ذمـة المدين بالوفاء بقـدر الدين المتفق عليه عددا بين الطرفين. وقد عرف العـمل محاولات لدرء مفاسد هذا الوضع وما يترتب عليه من أضرار مالية بالدائنين.

وتسعى هذه المحاولات الى سد الفجوة بين القيمة الاسمية لعدد الوحدات النقدية المسماة في العقد والقيمة الحقيقية للدين حسبما آل اليه الوضع الاقتصادى المتضخم. ومن هذه المحاولات ما لا يصطدم بالمادة ١٣٥ مدنى، ومنها ما يصطدم بها فيضحى باطلا بحسبان أن هذه المادة تضع مبدأ يتعلق بالنظام العام.

أولا - المحاولات المشروعة لتفادى أثر انخفاض العملة :

توصل العمل الى بعض وسائل يتفادى بها الدائن الخسارة الناتجة عن انخفاض العملة بمرور الوقت. وهى وسائل مشروعة ولا تخالف النظام العام. ومن ذلك أن يتفق طرفا التعاقد على اسلوب من شأنه أن يكون المقابل النقدى موافقا دائما للقيم الاقتصادية الفعلية المتوقعة، وهو اتفاق يتم عادة عند التعاقد وقبل التنفيذ. ومثال ذلك أن يتفق فى عقد الايجار فى ايجار المفروش، أو ايجار منشأة تجارية بالجدك (وفى أية حالة تخضع الاجرة للحرية العقدية وليس للتقييد القانونى) على زيادة القيمة الايجارية سنويا بنسبة معينة طول مدة العقد الاتفاقية. وقد تكون هذه النسبة تحكمية معروفة سلفا. وقد تكون النسبة منوطة بأمر متغير، كأن يتفق على زيادة الاجرة بنسبة معينة من حصيلة أرباح المنشأة المؤجرة.

يضاف الى ذلك أن المشرع قد يتدخل مباشرة، ولكن اثناء تنفيذ العقد، ليعيد الى الاتفاق توازنا ماليا يكون قد اختل بسبب انخفاض قيمة النقود. ومن هذا القبيل ما نص عليه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، في شأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فى مادته السابعة من

تقرير زيادة دورية فى أول يناير من كل سنة لاجرة الاماكن المؤجرة لغير اغراض السكن والمنشأة حتى ٩ سبتمبر ١٩٧٧، بواقع نسبة ثابتة من القيمة الايجارية المتخذة اساسا لحساب الضريبة على العقارات المبنية فى ذات وقت الانشاء (حتى لو ادخلت عليها تعديلات جوهرية)، وعلى أن يخصص نصف الزيادة لمواجهة تكاليف الترميم والصيانة، وذلك بنسب تتراوح بين ٥٪ و ٣٠٪ حسب تاريخ انشاء المبنى. وتقف هذه الزيادة عند انقضاء خمس سنوات كاملة على تاريخ اول زيادة. كذلك القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ فى شأن زيادة القيمة الايجارية للاراضى الزراعية المؤجرة من سبعة أمثال الضريبة الى ٢٢ مثل الضريبة وذلك فى الفترة الانتقالية التى حددها ذلك القانون.

ثانيا – محاولات تصطدم بنص المادة ١٣٥ مدنى :

وتنقسم هذه المحاولات الى اثنتين : **الأولى تتعلق بشرط الدفع بالذهب.** وتتعلق الثانية بربط قيمة النقود بسلعة معينة، بحيث يردعلى المبلغ ما يرد على ثمن السلعة انخفاضا او ارتفاعا. تثور هذه المشكلة بسبب فرض السعر الالزامى للعملة الورقية فى الدول المختلفة، وذلك على اساس ان فرض هذا السعر يهدف الى حماية العملة الوطنية، وبالتالى فان التحايل على هذا الامر يعد غشا نحو القانون، ويهدر المصلحة العامة المتوخاة من وراء فرض هذا السعر الالزامى. وقد ترتب على هذا المنطق اعتبار فرض التعامل بالعملة الوطنية أمرا متعلقا بالنظام العام.

المشكلة الأولى - شرط الدفع بالذهب :

لا غبار على قاعدة استيفاء الدين النقدى بقدر العدد المذكور فى العقد اذا كانت الأوضاع الاقتصادية مستقرة. ولكن المشكلة تثور اذا حدث تضخم اقتصادى أدى الى انخفاض قيمة العملة، ففى هذه الحالة لا يعبر العدد المسمى فى العقد عن القيمة الاقتصادية الحقيقية التى كانت فى منظور المتعاقدين عند ابرام التعاقد. وهنا تلحق بالدائن خسارة فادحة بسبب التفاوت بين القيمة القانونية للدين، كما ذكر فى العقد، وقيمته الاقتصادية الحقيقية حسبما آلت اليه النقود بسبب التضخم الاقتصادى. لذلك كان بعض الدائنين يلجأ الى وضع شرط الدفع بالذهب، أى أن يكون الدين واجب الوفاء ذهبا عند حلول اجل الوفاء لاحقا، ولا تبرأ ذمة المدين الا اذا اوفى بالقطع الذهبية السابق الاتفاق عليها. ولا شك ان هذا الشرط يتعارض مع فرض السعر الرسمى والالزامى للعملة الوطنية. ويخلق قدرا من عدم الاستقرار بالنسبة لهذه العملة. لذلك اتجه القضاء فى فرنسا، ومنذ وقت مبكر، الى بطلان هذا الشرط فى المعاملات الداخلية، وقصر صحته على المعاملات الدولية. فالشرط صحيح. وهذه المعاملات الاخيرة لا تتحدد بمقتضى جنسية المتعاملين ولكنها تتحدد بحركة التعامل عبر الحدود الدولية على نحو يخلق آثار متبادلة فى كل من البلدان أطراف التعامل[(١)].

أما فى مصر فقد صدر أول مرسوم فى ٢ أغسطس ١٩١٤ يقرر سعرا الزاميا للعملة الورقية، ويقضى ببطلان شرط الدفع بالذهب وبالتالى فان من

---

(١) راجع الاستاذ فى دالوز ١-١-٢٥، مع حكم نقض مدنى فرنسى ١١ مايو ١٩٢٧ تعليق كابيتان ونقض مدنى فرنسى منذ وقت بعيد فى ١١ فبراير سنة ١٨٧٣ سيرى ١٨٧٣-١-٩٧ والتعليق.

يسدد بالعملة الوطنية تبرأ ذمته كما لو كان سدد ذهبا، حتى ولو كان هناك اتفاق على ما يخالف ، يستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على ما يخالف ذلك سابقا أو لاحقا على صدور المرسوم، وهو ما يعنى أن للمرسوم أثرا رجعيا فى التطبيق.

وقد جاء هذا المرسوم مطلق الصياغة لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية، مما اثار جدلا فى ذلك الوقت حول مدى سريانه على المعاملات الدولية. وقد اقتضي هذا الجدل ان يتدخل المشرع بمرسوم تفسيرى رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ليوضح فيه، بما لا يدع مجالا للشك، أن بطلان شرط الدفع بالذهب عام ومطلق يسرى على جميع المعاملات الداخلية والخارجية. ولأن هذا المرسوم الاخير جاء تفسيريا، فانه طبق بأثر رجعى. ولم يستثنى المشرع من المعاملات الدولية سوى الالتزامات التى تنشأ بمقتضى معاهدات او اتفاقات خاصة بالبريد أو التلغراف او التليفون.

المشكلة الثانية : شرط الدفع بعملة أجنبية ؟

آثار هذا السؤال ذات المشكلة السابقة الخاصة بشرط الذهب، وهل شرط الدفع بالعملة الأجنبية ينطبق عليه ذات الحظر بحسبان ان هذا الشرط يمثل أيضا اخلالا بالسعر الالزامى. وعادة ما ينصرف مثل هذا الشرط الى بعض العملات الموثوق بها، والثابتة القيمة نسبيا، كالدولار، أو المارك الالمانى أو الفرنك السويسرى.

يصطدم هذا الشرط بمبدأ السعر الالزامى للعملة الوطنية، لذلك اتجه القضاء الفرنسى منذ وقت بعيد الى الحكم ببطلانه لمخالفته للنظام العام[1].

(١) منذ حكم النقض المدنى الفرنسى، فى ١١ فبراير ١٨٧٣ السالف الاشارة اليه.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التشدد في تقرير البطلان المشار اليه، قولا بأن القضاء لم يدرك علي نحو سليم الهدف الذى يتوخاه المشرع من فرض السعر الالزامى للعملية الوطنية. فقد كان هذا الهدف هو الغاء الغطاء الذهبى للعملة، بمعنى أن الوفاء بالعملة الورقية هو كالدفع بالذهب بغض النظر عن أى اتفاق يخالف ذلك. وبالتالى فلا يجوز اجبار البنك على دفع ما يقابل العملة الورقية عملة ذهبية[١]. ومع ذلك فان المشرع الفرنسى قد حرص على الافصاح عن موقفه في هذه الحالات ببطلان هذا الشرط، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون التأمين الصادر فى ١٧ ابريل ١٩٤٢ من حظر تضمين العقود شروط الدفع بالعملة الاجنبية، والا كان العقد باطلا، فضلا عن فرض عقوبة جنائية. كذلك يحظر قانون الصرف الفرنسى على الاشخاص المقيمين فى فرنسا، ابرام اتفاقات تتضمن التزاما بدفع مبالغ نقدية غير مسماة بالفرنك الفرنسى (ما لم يحصلوا على تصريح من وزير المالية الفرنسى).

وقد حاولت بعض أحكام قضاء الموضوع[٢] أن تجيز الاتفاق على الدفع بعملة أجنبية، غير آن هذه الاحكام اصطدمت بموقف محكمة النقض. فقد اتجهت هذه المحكمة الى القضاء ببطلان أى اتفاق يخالف قوانين الصرف بطلانا كليا[٣]. غير أن تطورا لحق بأحكام النقض الفرنسية فى اتجاهين:

الأول : يقتصر البطلان على جزء من الاتفاق - دون الاتفاق جميعه - فاذا كان الاتفاق يهدف الى نقل الاموال الى الخارج، فان البطلان يلحق

---

(١) راجع : مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ٨٧٧.

(٢) محكمة استئناف باريس ١٣ ديسمبر ١٩٥٥ جازيت دى باليه ١٩٥٩-١-٥٧

(٣) نقض تجارى فرنسى٤ نوفمبر ١٩٥٨ جازيت دى باليه ١٩٥٩-١-٥٧.

بعملية النقل فقط اذا كانت بالمخالفة لقوانين الصرف الفرنسية[١]، مع ملاحظة أن البطلان يلحق العقد جميعه اذا كان الاتفاق على الوفاء بعمله أجنبية هو الدافع الباعث الى التعاقد[٢]. ومفاد هذه الملاحظة الاخيرة أن للمحكمة ان تقدر الامر لكى تحكم بالبطلان الكلى، أو أن تقتصر على الحكم ببطلان الشرط فقط، ولكن المحكمة تخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض[٣].

الاتجاه الثانى : يتضمن الاقرار بمشروعية شرط الدفع بعملة أجنبية فى المعاملات الدولية. ذلك أن من المتعذر على المستوردين الوطنيين أن يبرموا عقودا مع الخارج دون قبول شرط الدفع بالعملة الأجنبية، خاصة حيث يكون الدفع مؤجل التنفيذ. وفى مقابل ذلك فان المصلحة الوطنية تقتضي أن يفى الأجنبى، حينما يكون مدينا، بعملة أجنبية تضيف رصيدا للدخل القومى[٤].

ونعتقد أن الحكم يجب أن يكون كذلك فى القانون المصرى، فشرط الدفع بعملة أجنبية، فى المعاملات الداخلية، يتضمن اخلالا بالسعر الالزامى للعملة الوطنية. وهو فى ذات الوقت يهز الثقة الواجبة فى هذه العملة. وبالتالى فان أى اتفاق على وجوب الدفع بالدولار أو غيره من العملات الأجنبية، يقع فى رأينا باطلا بطلانا مطلقا. ولا يجبر المدين الا بالوفاء بالعملة

(١) نقض تجارى فرنسى ٩ مايو ١٩٨٣ دالوز ١٩٨٤- ٢٠٤ والتعليق.

(٢) محكمة باريس ٤ مايو ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥١-٢-٦١ ونقض مدنى ٢٢ أكتوبر ١٩٧٠ في الاسبوع القانونى ١٩٧١-٢- ١٦٦٣٦.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٣ و ٥ فبراير ١٩٧١ فى بلتان المدنى ١٩٧١-٢-١٧١٩١ وتعليق جستان.

(٤) راجع: نقض مدنى فرنسى ١٧ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨-١-٢٥ و ٤ مايو ١٩٦٤ جازيت دى باليه ١٩٦٤-٢-٢٣٣ و ٢٢ ديسمبر ١٩٦٤ الاسبوع القانونى ١٩٦٥- ١٤٢٩٠ و ٢ مارس ١٩٦٥ الاسبوع القانونى ١٩٦٥- ١٤٤٦٦ والتعليق.

المصرية، بقدر عددها الواجب الاداء، محسوبا **وقت نشأة الالتزام**. أما فى المعاملات الخارجية فلا مناص من التسليم بصحة هذا الشرط للاعتبارات السالف ذكرها عند الحديث عن الوضع فى القانون الفرنسى.

ونعتقد أن قانون تنظيم التعامل بالنقد الاجنبى رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١١٧ لسنة ١٩٩١، يفيد المنع السالف ذكره. فاللائحة التنفيذية المذكورة **أجازت في** المادة ٩٧ وما بعدها السداد بالنقد الاجنبى فى بعض الحالات الخاصة، وهو ما يفيد أن المبدأ هو الحظر. وعلى سبيل المثال نصت المادة ٩٧ من اللائحة المذكورة على جواز ابرام عقود تأمين مع شركات التأمين وكذا سداد اقساط التأمينات للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية والهيئة العامة للتأمين والمعاشات **بالنقد الاجنبى**، مع الوفاء بالقيمة التأمينية أو أى تعويضات تستحق **بالنقد الأجنبى**»... الخ.

وأخيرا يلاحظ أن قواعد صندوق النقد الدولي - ومصر عضو فيه- تنص على أن أى عقود تتعلق بالصرف وتتصل بعملة دولة عضو لا يجوز تنفيذها فى أية دولة (أخرى عضو فى الصندوق)، اذا كانت مخالفة لقوانين الصرف فى تلك الدولة (بشرط أن تكون هذه القوانين متسقة مع اتفاقية صندوق النقد الدولى) (م-٢- ب من الاتفاقية).

المشكلة الثانية : الشروط التى تربط قدر الدين الاجل بسعر سلعة أو خدمة معينة، وهو ما يسمى شرط Echelle mobile ، أو شرط القيمة المتحركة، أو السعر المتحرك :

ويستهدف هذا الشرط أن يفرض على المدين الوفاء بقيمة الدين ليس بحسب قدر النقود المسمى في العقد والمحدد تحديدا نهائيا، ولكنه يفى بالعدد المتفق مع قيمة سلعة معينة **وقت الوفاء.** ومثال ذلك أن يتحدد قدر الدين بما يساوى قيمة الف دولار **عند حلول أجل الوفاء**، أو بما يساوى مائة أردب من القمح، أو الارز، أو ما يساوى مائتى جنيه ذهبا. ففى هذه الحالات يكون الوفاء بالعملة الوطنية، ولكن عدد ما يجب الوفاء به يتحدد لاحقا فى ضوء مؤشر اسعار السلع التى اتفق على أن يرتبط بها قدر الوفاء. وفى هذه الحالة يكون الهدف من ناحية تفادي البطلان الذي يلحق بشرط الدفع (مباشرة) بالذهب أو بالعملة الاجنبية. ومن ناحية اخرى يتفادى الدائن الخسارة التى تلحق به عند استيفاء حقه نتيجة التضخم، وما يترتب عليه من انخفاض فى قيمة العملة المحلية.

فالهدف اذن هو هدف اقتصادى ومالى، ولذلك فهى ، أى هذه الشروط، لا تخل بمبدأ الالتزام بالعملة المحلية، وأن كانت تواجه الاثار المالية الناتجة عن التضخم، أو حتى عن الإنكماش الاقتصادى، ومع ذلك فانه يمكن أن يؤخذ على هذه الشروط أنها تنتهى الى ذات النتيجة التى تنتهى اليها شرط الدفع بالذهب او بعملة أجنبية. فجميع هذه الشروط ذات هدف واحد: تفادى تقلبات سعر العملة. بل أن البعض، من الاقتصاديين، يلاحظ أن مثل هذه الشروط يساعد علي التضخم وارتفاع الاسعار، مما يدخل الاقتصاد القومى

فى دائرة جهنمية من ارتفاع الاسعار المستمر[١، ٢]. ونعتقد أن **الاعتبارين** المتناقضين السابقين انما يعكسا جانبين هامين. **الجانب الاول هو** ضرورة الحرص على الاستقرار النقدى وعدم المضاربة على قيمة العملة فى ذاتها، أي استقلالا عن اعتبارات التضخم الاقتصادى. فالمضاربة على سعر العملة، دون ارتباط بتضخم اقتصادى يخل بالسعر الالزامى للعملة الوطنية. **الاعتبار الثانى** حماية المواطن من الآثار الاقتصادية الناتجة عن التقلبات الاقتصادية (وليس التقلبات النقدية المجردة). وهذا الاعتبار الاخير يدعو - على عكس الاعتبار الاول- الى اجازة هذه الشروط وفق ضوابط معينة تحول دون المحاذير السيئة التى يمكن ان تترتب عليها.

لذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية اتجاها وسطا يبدأ باعتناق مبدأ اجازة شروط القيمة المتحركة Echelle mobile وفقا لضابطين أساسيين:

الضابط الأول : منع شروط القيمة المتحركة فى عقود الفروض. فهذه العقود ذات صبغة مالية بحته، وبالتالى فان ربط قدر الاداء بسُلّم قيمة متحرك يمثل مضاربة على قيمة العملة فى ذاتها، ويخل بمبدأ السعر الالزامى لهذه العملة، وبالتالى يصطدم بالمادة ١٨٩٥ مدنى فرنسى التى يقابلها المادة ١٣٤ مدنى مصرى، والتى تنص على انه اذا كان محل الاداء نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو

---

(١) راجع : تعليق الاستاذ Huhrecht فى سيرى ١٩٣٠ -١-١ وتعليق Levy فى الاسبوع القانونى ١٩٥٢-٢- ٦٩٩٨.

(٢) راجع: مازو وشابا ودى جوجلار، السابق، رقم ٨٧٨، وستارك، الالتزامات، رقم ٥٥٤ وما بعدها.

لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر[١].

ونعتقد أن هذا الحظر يمثل أهمية أساسية، فى كل من فرنسا ومصر، وينطلق من منع المضاربة على تقلبات العملة فى ذاتها، ومنع الخروج على سعر العملة الرسمى والالزامى، وهما اعتباران متعلقان بالنظام العام أودع المشرع مضمونهما فى المادة ١٨٩٥ مدنى فرنسى و ١٣٤ مدنى مصرى[٢].

الضابط الثانى : أنه في غير عقود القروض يجوز شرط القيمة المتحركة، ولكن بشرط ان يكون بعيدا عن اعتبارات **المضاربة النقدية**، وأن يكون هدفه هو تفادى آثار التقلبات **الاقتصادية** انكماشا أو تضخما. فالشرط صحيح فى هذه الحدود. فان خرج عنها، بأن تبين أنه يستهدف الغش نحو السعر الالزامى للعملة، كان باطلا. غير ان هذا الاتجاه لم يخلو من الاضطراب فى القضاء الفرنسي، الذي فوجى بمحكمة النقض الفرنسية تقضي بصحة شروط القيمة المتحركة ولو تعلق الامر بقرض. مما دفع المشرع الفرنسى للتدخل بمرسوم صدر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ وآخر فى ٣ ديسمبر ١٩٥٩. فقد خشى هذا المشرع من اثار تجويز شروط القيمة المتحركة، والذى

---

(١) راجع : نقض تجارى فرنسى ١٢ مارس ١٩٥٢، الاسبوع القانونى ١٩٥٢-٢-٢٩٩٨، وراجع حكم محكمة Orleans ٢٢ يوليو ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣- ٦٥٥، وحكم محكمة Rouen ٢ فبراير ١٩٥٠، الاسبوع القانونى ١٩٥٠-٢-٥٤٣٥، نقض مدنى ٣ نوفمبر، دالوز ١٩٥٣-٢ وتعليق سافاتييه.

(٢) يلاحظ أن تعلق هذا المعنى التشريعى بالنظام العام ليس محلا للاتفاق فى القضاء الفرنسى مع مقارنة نقض مدنى فرنسى ٢٧ يونيو ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٧-٦٤٩ حيث ذهبت الى ان نص المادة ١٨٩٥ ليس متعلقا بالنظام العام الذي لا يمنع المقرض من وضع شرط يحمى القوة الشرائية لنقوده، و ١٨ مارس ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨- ٦٥٤.

تبنته عنه محكمة النقض الفرنسية، على ثبات قيمة العملة الوطنية. وقد أخذ المشرع الفرنسى فى المرسومين السابقين بمبدأ حظر شروط القيمة المتحركة، ولكنه وضع بعض الاستثناءات الهامة، منها انه اجاز هذه الشروط فى الالتزامات الخاصة بالنفقة أو الايراد المرتب مدى الحياة، باعتبار أن محل الالتزام فى هاتين الحالتين يجب ان يتغير ، حماية للدائن، وفقا للتقلبات الاقتصادية الناتجة عن التضخم، وعلى وجه خاص فى اسعار المواد الغذائية. اما فى العقود الاخرى فلا يجوز شرط القيمة المتغيرة الا اذا كان موضوع الشرط مرتبطا ارتباطا مباشرا بموضوع العقد، أو بنشاط احد طرفيه (م ٧٩من مرسوم ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨) وهو ما يتوقف على تقدير القضاء وفق ظروف وملابسات كل حالة علي حده، فمثلا يمكن فى التعاقد مع صاحب مخبز أن يوضع شرط ربط قيمة اداء المدين بسعر القمح، في حين لا يجوز ذلك فى التزام مهندس او محام أو طبيب مثلا..

ويلاحظ أن شرط توافر علاقة مباشرة لمؤشر القيمة المتحركة بموضوع العقد، هى مسألة موضوعية لا تتوقف على نية الطرفين.

رأينا فى الموضوع :

هناك فارق أساسى بين شروط تتعلق بالنقد، وشروط ذات طابع اقتصادى. فالأولى هى شرط الدفع بالذهب او شرط الدفع بعملة اجنبية. وفى هذه الحالة لا يكون الوفاء بالعملة الوطنية، وانما يكون الوفاء اما ذهبا واما عمله أجنبية متفقا عليها .ومعنى ذلك استبعاد العملة الوطنية بسعرها الرسمى، حيث استبدل بها عملة أخرى.

- أما فى الحالة الثانية، **شروط ذات طابع اقتصادى**، فالأمر لا يستبعد

الوفـاء بالعـملة الوطنيـة فى الوفاء بالالتـزامـات ولكن الدين يتم تقـديره عن طريق عمله اجنبيه او سعر سلعة أو خدمة، أو عن طريق سعر الذهب. فالدين يتم الوفاء به بالعملة المحلية، ولكن تحـديد قدر ما يتم الوفاء به من هذه العملة هو الذي يقدر وفق سـعر أحـد العناصر السابق ذكـرها، ومثـال ذلك الاتفاق على ان يكون الوفاء، عند حلول اجل الدين (بعد سنتين مثلا)، بما يعادل قيمة الف دولار أمريكى. فالوفـاء سيكون بالعملة المحلية، ولكـن قدر هذه العملة سيتحدد لاحقا وفقا لسعر الدولار عند الوفاء، وكذلك لو اتفق على ان يكون الوفـاء بما يعادل قـيمة عـشرة أرادب من القـمح أو ما يعـادل ثلاثة جنيـهات ذهبية... الخ. ففي هذه الفروض لا نستبـعد العملة الوطنية كأداة وفاء ولكنها ليست ذات اعـتبار فى حـساب قيـمة الدين ،والتى تتحـدد وفق المحور الذى اختاره المتعاقدان ذهبا أو قمحا أو دولارا... الخ فالوفاء بالعملة المحلية ولكن قـدر ما يتـعين الوفـاء به يتوقف على عـنصر خـارجى عن سـعر هذا العـملة القانونى.

- ولا شبهة، فى رأينا، في بطلان شرط الدفع بـالعملة الاجنبية، شأنه فى ذلك شأن شرط الدفع بالذهب. لان كلا منهما يمثل اخلالا بالسعرين الرسمى والالزامى للعملة الوطنيـة. مع قصر البطلان في الحالة الاولى عـلى المعاملات الداخلية دون المعاملات الدولية.

أما شرط القـيمة المتحركة، فـمعه يتم الوفاء بالعـملة الوطنية، ولكن قدر عددهـا يتوقف على سـعر السلعـة التى ربطت بها، سـواء كانت هذه السلـعة ذهبا، او محصولا معينا، أو كان سـعر عمله اجنبية، وقت الوفاء بالدين. فهل يجوز ان تعامل هذه الشروط ذات معاملة شرط الدفع ذهبا او عمله أجنبية ؟.

قد يبـدو للوهلة الاولى أن شرط القـيمة المتـحركة، على النحـو السـالف ذكره، يتـعارض مع سعر الـعملة المحلية القـانونى والالزامى. وقد يكون الرد على هذا التصور المبدئى أن شـرط القيمة المتحركة لا يخل بالسـعر المشار اليه، لأن المدين يفى بالعملة المحليـة، غاية الامر ان عددها المسـمى فى العقد يتـغير وفق تغير سـعر الذهب، أو سعر العـملة الاجنبية، أو سعـر السلعة التى ارتبط بهـا الوفاء فى الاتفـاق. يضاف الى ذلك ان الـسعـر الالزامى للعملة هو امـر يخص عـلاقة حامل العـملة الوطنيـة بالبنك الذي يصدر هذه العـملة (البنك المركزى)، فهو يحرر هذا البنك من أى التزام بدفع قيمة العملة ذهبا، وبالتالى فلا وجه لـتأثير هذا الوضع على علاقـات الافراد فيمـا بينهم، وفى ذلك تقرر محكمة النقض الفرنـسية فى حكم لها سنة ١٩٥٧[١] أن بطلان شرط القـيمة المتحركة لا ينتج عن القوانين المتعلقة بسعر العملة المحلية، لأن هذه القوانين لا تفرض عدم تغـير القوة الشرائية للنقـود، فهذه القوة تختلف باختـلاف اسعار السلع. فقيمة القوة الشرائيـة للعملة لا تتوقف على إرادة الدولة ولكنها تعتمد على القوة الشـرائية. وهذا المنطق يؤدى، حـتما، إلـى إجازة شرط الدفع وفـقا لقيمة الذهب أو وفقا لقيمة عملة أجنبية[٢]. ولكن ألا يصدم هذا القول بنص المادة ١١٨٩ مدنـى فرنسي والمادة ١٣٥ مـدنى مصـرى. يرى البعض ان مبدأ التزام المديـن بقدر عدد النقـود المذكور فى العـقد، يطبق فـقط فى شأن عـقود القروض، دون غـيرها من الـعقود. فـمن الممكن مـثلا فى عقـد البيع، عـندما

---

(١) نقض مـدنى فـرنسى ٢٧ يونيـو ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٧- ٦٤٩ وتعليق ريبـير، وراجع تعليق بيسون فى الاسبوع القانونى ١٩٥٧.

(٢) نقض مدنى فـرنسى ٤ ديسمـبر ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٣- ٦٩٨، ٢٦ نوفـمبر ١٩٦٣ الاسـبوع القانونى ١٩٦٤-٢-١٣٦٥٢.

يكون الثمن مؤجلا، وضع شرط القيمة المتحركة دون اصطدام بهذه النصوص لان المشترى تسلم قيمة عينية معجلة، تتمثل فى الشئ المبيع، فى حين ان المقابل النقدى، الثمن، مؤجل الوفاء. وفى هذا الفرض يكون شرط القيمة المتحركة عادلا، لانه يحمى البائع فى مواجهة تدهور قيمة العملة، ويمنع، بالتالى، المشترى من ان يثرى على حسابه.

- ونلاحظ، من جانبنا، أن هذا الاعتبار الأخير، صحيح في مغزاه الاقتصادى. ولكن ينطبق ايضا على عقود القروض الاجلة السداد. فلماذا لا تكون القاعدة عامة على جميع العقود. ونقتصر على القول بأن نص المادة ١٣٥ مدنى مصرى ، ومثيلتها فى القانون الفرنسى، موجه الى القاضى الذى لا يستطيع ان يلزم المدين بأن يفى، في حالة الدين النقدى، الا بالعدد المذكور في العقد، دون ان يتجاوز ذلك الى القول بعدم مشروعية الاتفاقيات على القيمة المتحركة بصفة مطلقة.

- لذلك فاننا نميل الى القول باحازة هذه الشروط، ولكننا نقف عند عقبة اخرى تتمثل فى التساؤل حول ما اذا كانت هذه الشروط تمثل تحايلا على قاعدة منع الفوائد الربوية وحصرها في نطاق محدد فى القانون المدنى؟ ومنعها منعا كاملا وفقا للشريعة الاسلامية الغراء.

- يعرف الفقهاء الربا بأنه **فضل مال** لا يقابله عوض فى معاوضة مال بمال. فهو **زيادة** مشروطة على رأس المال **بدون مقابل**، فى معاوضة مالية، سواء كانت زيادة قليلة أو كثيرة. وبالتالى فان مفهوم الربا يقوم على منع الظلم: يقول العلى القدير سبحانه وتعالى: ﴿فان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾. ويترتب على ذلك أن كل ما فيه معاوضة صحيحة،

خالية من أكل أموال الناس بالباطل الذى لا يقابله عوض، عو بيع حلال. **وتعتبر الزيادة لمجرد التأخير فى الأجل ربا، اذ لا معاوضة فيها ولا مقابل لها سوى مجرد التأخير**[١]. كذلك الحال عند أى نقص فى قيمة الدين، عند الوفاء به، في مقابل مجرد التعجيل فى الوفاء. اذ يعتبر الامام مالك ان هذه الصورة هى من الربا المحرم[٢].

ومفاد ذلك أن مجرد التأخير، أو مجرد التعجيل فى الوفاء، لا يجوز أن يكون له مقابل فى ذاته. فمثل هذا المقابل هو فضل بغير مقابل من حيث القيم الحقيقية والفعلية.

ولكن كل ذلك لا شأن له بآثار التضخم، أو الانكماش وهى من ظواهر الاقتصاد الحديث. وبالتالى فان التساؤل هو: لو أن دائنا اشترط على مدينة أن يفى له قيمة الدين، لا حسب عدد النقود المسماة، ولكن حسب القيمة الحقيقية للقوة الشرائية عند الوفاء، فهل يعد ذلك ربا؟ هل يعد تعويض نقص القوة الشرائية للنقود مثلا فضلا بغير عوض؟ واذا نظرنا للأمر من جانب المدين- وليس الدائن- أليس فى قيام هذا المدين بسداد القدر المسمى نقدا، بما يعادل قيمة حقيقية أقل ،بسبب التضخم، هو حصول من جانبه على فضل بغير عوض؟.

أعتقد أن امر الربا يجب ان ينظر اليه، فى ظل التضخم او الانكماش، من جانب كل من الطرفين، وليس من جانب طرف واحد. وبالتالى فان ربط قيمة الوفاء يسلم قيمة متحركة هو أمر يمكن اجازته قانونا وشرعا. فربط قدر الوفاء

---

(١) راجع : محمود بلال مهران، عن تحريم الربا، ١٩٩٢، ص ٣ وما بعدها.

(٢) الموطأ للامام مالك، ص ١٩٦٢، ص ٣٢٩.

بسعر سلعة، أو عملة أخرى، لتفادي تقلب القوة الشرائية للنقود **حماية للدائن فى حالة التضـخم، وحماية للمدين فى حـالة الانكماش،** هو أمر يـخرج عن نطاق الربا، حـيث لا يتوافـر، فى هذا الفـرض، أى فضل دون عـوض، اذ أن نظام القيمة المتحركة **يحـول دون أى من الطرفين، الدائن والمدين** من الحصول على أى اثراء بغير سـبب على حساب الطرف الاخر. خـاصة وأن النقود هى مجرد تعبير عن القيم الحقيقية، فان ارتبطا معا فـلا غضاضـة فـى ذلك.

واذا كان هناك مـا يمكن استثـناؤه من اجازة مبـدأ القيمـة المتحركـة، فان الاستثناء يقتصر على ما تتوافر فيه شروط القرض الحسن الشرعية[١].

---

(١) ما ذكره المؤلف في هذه الخصوصية المتعلقة بشرط القيـمة المتحركة هو مجرد اجتهاد يحتمل الخطأ والصواب ومن اجتهد وأصاب فله أجران، ومن أجتهد واخطأ فله اجر، والله أعلم.

المبحث الرابع
مشروعية المحل

لا يستقيم الحديث عن مشروعية المحل دون أن نأخذ فى الاعتبار ما سبق أن لاحظناه من ضرورة التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام. فقد أشرنا الى أن محل العقد هو العملية القانونية التى تبلور مسعى المتعاقدين، وهنا تظهر فكرة المشروعية، ولكنها مشروعية معيارية تختلف من تشريع لآخر، وبالتالى قد تختلف باختلاف الزمان والمكان. ذلك ان هذه المشروعية ترتبط فى بعض حالاتها بنصوص قانونية آمره يسعى المشرع، فى دولة بذاتها، عن طريقها الى تحقيق أهداف حيوية معينة، كما هى الحال فى منع الاجانب من تملك الاراضى الزراعية، أو العقارات عموما. وفى حالات اخرى تنشأ عدم المشروعية عن مفهوم النظام العام او الاداب العامة، وهو مفهوم متغير بطبيعته زمانا ومكانا.

وفى جميع هذه الحالات ليس هناك تحديد ثابت لمشروعية أو عدم مشروعية محل العقد. إذ الأمر منوط بنصوص آمره، أو بمفهوم معين للنظام العام أو الآداب العامة. وفى هذا المقام وكما سبق أن اشرنا لا محل للخلط بين محل العقد ومحل الالتزام، فقد تكون العملية القانونية ممنوعة وفق تصور معين (مثل حظر تملك الاجانب للارض الزراعية) في حين أن محل الالتزام فى ذاته داخل في منطقة التعامل ويجور نقل الملكية فى غير ظروف المنع التى وضعها المشرع. (راجع ما سبق فى شأن المحل).

- أما اذا عرضنا لمفهوم مشروعية محل الالتزام، فان هذا المحل يتمثل في عمل أو امتناع أو اعطاء . وفي جميع الحالات تتمثل المشروعية فى عدم مخالفة محل الالتزام لنص قانونى آمر، أو مخالفته للنظام العام، والاداب العامة، سواء كان عملا ايجابيا، أو امتناعا عن عمل.

وينطبق هذا الفهم على جميع الاعمال ايجابية او سلبية، مادام محل الالتزام مقصور على العمل او الامتناع دون أن ينصرف إلى أداء متعلق بشئ من الأشياء. فتحديد مشروعية أو عدم مشروعية الاعمال بنوعيها يتحدد وفق موقف المشرع والنظام العام.

أما إذا تجاوز الأمر مجرد العمل إلى الالتزام باعطاء شئ، أى كان هناك محل للاداء، فان جميع الاشياء، وفى رأينا، لا يرد عليها وصف. فالمشروعية أو عدم المشروعية. فالاشياء مشروعة فى ذاتها. **وليس دقيقا، في تقديرنا، القول بأن شيئا معينا غير مشروع**. كأن يقال ان المخدرات غير مشروعه مثلا. فالمخدرات وكذلك كافة الاشياء مشروعة بحسب طبيعتها. ولكن المشرع - على اختلاف فى الموقف بين الدول المختلفة - يخرج بعض الاشياء من دائرة التعامل بان يمنع الافراد من حيازة بعضها او من تداول البعض الاخر، وقد يسمح بهذا او ذاك وفق ضوابط محددة ولاشخاص محددين (كالصيادلة بالنسبة للمخدرات).

فالأمر إذن هو أمر دخول الشئ فى دائرة التعامل، وهذا هو الاصل العام بالنسبة لجميع الاشياء، أو عدم دخولها، وهذا هو الاستثناء الذى يكون منطقيا ومشروعا وفق ضوابط معينة فى بعض الحالات.

- ولا يخرج عن هذا التحفظ الاخير سوى نوع واحد من الاشياء يدخل في التعامل مطلقا، وهو النقود، فهي لا يمكن أن تخرج، على أى نحو كان، من دائرة التعامل، ولا يتصور فى شأنها الحديث عن عدم مشروعية محل الالتزام او محل الاداء. ولكن ذلك لا يمنع من أن يطعن في عقد يرد على النقود بمطعن آخر هو عدم مشروعية السبب، كما فى حالة الوعد بقرض لممارسة عمل غير مشروع، كلعب القمار أو الدعارة مثلا.

الفصــل الثالث
السبــب

نصت المادة ١٣٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يكـن للالتزام سبب، أو كان سـببه مـخالفا للنظام العـام أو الآداب العامة كـان العقد باطلا». كـما تعرضت المادة ١١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى لفكرة السبب حين اشترطت أن يكون لكل التزام سبب مـشروع. غير أن أى من القانونين لم يذكـر تعريفا للسبب، رغم خطورة الأثـر المترتب على تخلف السبب أو عـدم مشروعـية : وهو البطلان المطلق، باعتبـار أن السبب ركن من أركان العقد. وقـد فتح عدم وجود تعـريف للسبب الباب أمام جـدل عميق استـغرق الفقه، كـما أدى الى تطور هام فى مـفهوم السـبب انتهى إلى ثنائيـة فى مفـهوم السبب وثنـائية فى وظيفته فى العقود المختلفة. **ووفقا لوجه أول** يكون السبب هو حصيلة الاجابة على سؤال: لماذا الـتزم كل متـعاقد فى العـملية العـقدية. **ووفقا للوجـه الثانى** تكون الحـصيلة مخـتلفة لانهـا اجابة علـى سؤال آخر هو: من أجـل ماذا تمت العمليـة العقدية بالنسـبة لكل من طرفـيها. والسبب بـالمعنى الاول هو السبب القريب او المباشر، ويعنى أن سبب التزام كل متـعاقد هو التزام المتعاقد الاخر. فالتزام المشتـرى بدفع الثمن يجد سببه فى التزام البـائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه، وسبب التزام المؤجر بالتمكـين من الانتفاع هو التزام المستأجر بدفـع الأجرة. وعلى هذا النحو يكون سبب الالـتزام، بهذا المعنـى الأول، هو عنصر فى تكوين البناء الفنى للعملية العقدية، أى عنصر فى التكوين، وليس عنصرا

اضافيا وافدا من خارج تكوين العقد ذاته.

غير أن تعميق فكرة السبب وتطويرها هو الذى وصل بها الى وجود **المعنى الثانى** والذى أطلق عليه «سبب العقد» وليس سبب الالتزام). وفى هذا المعنى الثانى يسعى الفاحص الى تقصى **السبب البعيد نسبياً** متسائلاً عن: من أجل ماذا تعاقد متعاقد بذاته. فاذا كان البائع قد التزم بنقل الملكية بسبب التزام المشترى بدفع الثمن فإن تساؤلا مضافا، يخرج عن منطقة البناء الفنى للعقد، ويسعى لمعرفة من أجل ماذا باع البائع؟ والاجابة فى هذه الحالة تبحث عن باعث يختلف من بائع لاخر. فقد نجد من باع ليشترى سيارة، وأخر باع ليسدد دينا يثقل ذمته، وثالث باع ليجرب حظه في لعب القمار. وهكذا يختلف هذا السبب، هو سبب العقد، من متعاقد لاخر. ولهذا المعنى الثانى نقول ان سبب العقد، بالمفهوم المشار اليه، يخرج عن منطقة بنية العقد وتقنيته ليقف فى منطقة **الباعث الشخصى** الذى يتغير من متعاقد الى اخر.

وعلى هذا النحو، يضحى واضحا أن السبب بالمعنيين السابقين، لا يتناقض أحدهما مع الاخر. فسبب الالتزام هو السبب بالمعنى الفنى، وسبب العقد هو السبب.. بالمعنى القصدى والشخصى. وقد جاء ابراز السبب بالمعنى الثانى (سبب العقد) نتيجة محاولة جادة لفرض رقابة مشروعية على المقاصد العقدية، بحيث يمكن من خلال هذه الرقابة تقرير بطلان العقود التى يسعى اطرافها الى تحقيق اغراض غير مشروعة أو مخالفة للنظام العام او الاداب العامة. لذلك كانت هذه الاضافة بلورة لما عرف بالنظرية الحديثة للسبب، والتى تجد مكانها الى جانب النظرية التقليدية، ولكنها لا

تناقضهـا ولا تحل محلها، اذ ان لكل منهما وظيفته وغايته القانونية والفنية. ونعرض فيما يلى لكل من النظريتين[1].

المبحث الأول
النظرية التقليدية في السبب

لم يكن ميلاد نظرية السبب أمرا سهلا، فقد اتجه بعض الفقهاء التقليديين في النصف الاول من القرن التاسع عشر، الى عدم جدوى نظرية السبب، وذلك على اساس انها لا تضيف شيئاً جديداً الى ركنى الارادة ومحل الالتزام. غير ان هذا الاتجاه لم يصمد امام انصار نظرية السبب. والذين أظهورا الاهمية البالغة لفكرة السبب، وأنها تقدم، فى آن واحد، ضمانا وحدوداً لمبدأ سلطان الارادة.

ويبدأ الحديث عن نشأة نظرية السبب بالبحث فى القانون الرومانى، فقد سادت الشكلية هذا القانون في مراحل نشأته الاولي، فلم يكن يعرف سوى قوالب شكلية معينة تفرغ فيها التصرفات القانونية. وهذا الشكل هو السبيل الوحيد الذى يجيز نشأة العقد، وكان يكفي فى حد ذاته لحدوث هذه النشأة. ومعنى ذلك أنه لم يكن هناك محل للبحث فى وجود الارادة أو تخلفها، أو البحث فى صحتها أو تعيبها، أو البحث فى اتجاهها الى غاية مشروعة من

---

(١) يلاحظ أن الحديث عن السبب لا يرد الا بالنسبة للالتزامات العقدية، باعتبار أن هذه الالتزامات ارادية، أما الالتزامات غير العقدية، فهى لا تقوم على الارادة، وبالتالى لا مجال فى شأنها للحديث عن سبب الالتزام. ومرد ذلك ان العقد هو وحدة ظاهرة ارادية من الناحية القانونية، بحيث لا تقوم له قائمة اذا انعدمت الارادة كما لا يكون صحيحا الا اذا خلت من العيوب وتوافرت فيها الاهلية اللازمة. لذلك كان منطقيا ونحن في مجال ارادة بشرية أن تتحرك قائمة على سبب تستند اليه وغاية تسعى اليها طالما أنها ارادة حقيقية مدركة وواعية ومتجهة حقا الى احداث اثر قانونى : راجع السنهورى، العقد، رقم ٢٤٢.

عدمه. وكـان من المنطقى ازاء هذه القاعدة ألا يثور أى بحث فى سـبب للعقد أو سبب للالتزام مادام التصـرف فيه قد صب فى الشكل المطلوب. وقد ترتب على هذا النظام أن بقيت العقـود، فى ظله، بمنأى عن الطعن عليها بأى مطعن يتعلق بالارادة او بالنية التى اتجـهت اليها من جانب الطرفين أو احدهمـا. كما ترتب عليها ايضـا استقلالية الالتـزامات الناشئة عن العقـد الواحد فى جانب كل متعاقد عن تلك الخاصة بالمتعاقد الآخـر. ففي عقد البيع مثلا يستقل التزام البائع عن التـزام المشترى الى حد بعيـد، على نحو لا يكون معه مـجال للربط بين هذه الالتزامـات المتقـابلة بمقتـضى سبب الالتزام الذي نعـرفه حـاليا، ولا يكون هناك مجال لـلدفوع القائمة على هذا الربط أيضـا. وقد كان هذا النظام الشكلى محققـا لقدر كبير من الاستقـرار في مجال العقود، فيه تتـمتع العقود بأكبر قدر من الاسـتقرار والامن ضد غائلة الادعاءات الموضـوعية من جانب اى طرف من اطرافها. غير ان نتائج استقلالية الالتزامات المتبادلة، على نحو ما سلف ذكره، لم تكـن لتخلو من العيـوب الجسيـمة التى تصـدم العدالة. اذ لم يكن في وسع المتعاقـد ان يدفع بعدم التنفيذ اذا امتنع الطرف الاخـر عن تنفيذ التـزامه، ولم يكن بوسـعه ان يستعمـل الحق في الحبس مـثلا. وقد صـاحب الاحـساس بعـدم عدالة النـظام الشكلى تطور المجـتمع الرومـانى مما ادى الى اختفـاء معظم العقود الشكليـة فى العهد المدرسى، ولم يبق منها سـوى العقد اللفظى الذى يتم بالفاظ محددة، وقد ابتدع الرومان فى شأنه دعوى الاسترداد التى تُعطى للمدين، وبمقتـضاها يستطيع ان يسترد ما اداه بغـير سبب أو بسبب غير مشروع، كما يستطيع المدين ان يكتفي بأن يدفع مطالبة الدائن، وفقا لهذه الدعـوى، بأن يتمـسك بأن الالتزام ليس له سـبب او ان سببه غـير مـشروع. وهكذا بدأت فكرة السبب تتسرب الى القانون الرومانى.

ثم كان دور البريتور « Droit pretorien» فادلى بدلوه بابتداع وسائل غير مباشرة لتطوير فكرة السبب. فمع التسليم بصحة العقد الشكلى، ودون محاولة تغيير في تقنيته، فان الدائن الذى يطالب بالوفاء بالتزام قام بغير سبب انما يرتكب غشاً ويستطيع المدين اما أن يرفع دعوى مبتدأة Condictio liberationis مطالبا فيها بالحكم له ببراءة ذمته من الالتزام. كما يجوز له أيضا اذا كان قد اوفى بالتزامه أن يطالب باسترداد Condictio indibiti ما أوفى به بغير سبب على أساس الاثراء بلا سبب. ويلاحظ ان هذا التطور الاخير لم يؤثر - كما أشرنا - على انعقاد العقد أو صحته، أى انه لم يعرض لفكرة السبب على مستوى الانعقاد، وانما تعرض لها، وبطريق غير مباشر، على مستوى الخصومة عند المطالبة.

وفي مرحلة القانون الكنسى (القرن الثالث عشر)، دافع فقه هذا القانون عن مبدأ رضائية العقود وعن اهمية الارادة في نشأة التصرفات الارادية. ومن هنا كان تحليلهم للظاهرة العقدية بحسبان انها تقوم على الرضا، ولكنه رضاء قائم على سبب صحيح ومشروع. فالارادة لا تلزم صاحبها الا اذا قامت على سبب حقيقى، وكانت دوافعها ايضا سليمة. فاذا استندت الارادة الى سبب كاذب Fausse فإن ذلك يعنى حقيقة عدم اتجاه الارادة الى الالتزام، أما اذا كان السبب مما لا يمكن البوح به فان الاصل هو عدم جواز التعاقد، أى انه لا يجوز للافراد الالتزام استنادا الى اسباب لا يمكن البوح بها. وهذا الاتجاه الكنسى يريد ان يضفى على التصرفات الارادية جانباً اخلاقياً واضحا. فوفقا بما سبق ذكره لا يجوز الالتزام استنادا الى اسباب غير مشروعة أو اسباب كاذبة. فضلا عن انه، في هجرة للشكلية، وتركيزه على الرضائية، انما يسعى

الى اعلاء مبدأ ضرورة الوفاء بالعهود. واتفاقا مع هذا المبدأ الاخلاقى الاخير استظهر الفقه الكنسى مبدأ الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ومن مؤداه ان الشخص لا يلزم بالوفاء بالعهد قبل الشخص لا يفى بتعهداته:

«Non serventi fidem, non eswt fides servands»

وقد أدت هذه الفكرة الى بلورة الترابط السببى بين الالتزامات المتقابلة، على نحو يجد التزام كل طرف سببه في الالتزام المقابل فى ذمة الطرف الاخر. وهو ما يؤكد فكرة السبب الفنى المباشر للالتزام، ويحقق معنى العدالة فى تقابل الالتزامات من حيث النشأة ومن حيث التنفيذ. ولكن الفقه الكنسى لم يقف عند هذا الحد بل دعى الى البحث فيما هو ابعد من السبب القصدى المباشر للالتزام، بالبحث في الدوافع والبواعث Cause impulsive التى دعت الى التعاقد، وذلك بهدف زيادة جرعة الرقابة الاخلاقية على دوافع الافراد وبواعثهم على نحو يحول دون السعى الى تحقيق اهداف غير مشروعة ولو كانت غير معلنة او غير ظاهرة، عند ابرام العقد.

غير أن هذا الاتجاه الاخير، وإن كان محموداً من الناحية الاخلاقية (إذا يحقق رقابة للنظام العام والآداب العامة)، إلا انه يسمح للقاضى أن يقحم نفسه في البحث عن البواعث الداخلية للتعاقد جريا وراء معرفة أهداف غير معلنة وكامنة فى النفس. وهو اتجاه، وان كان محمودا فى ذاته، الا انه يؤدى الى تهديد استقرار العقد على سند من اعتبارات كامنة فى النفس، وخارجة عن البناء الفنى للعملية العقدية فى ذاتها.

ثم جاء الفقيه الفرنسى الكبير دوما Domat ووضع تعريفا للسبب ولكنه لم يتعرض فى هذا التعريف للبواعث الفردية التى قد تقود الافراد فى

تعاقداتهم. وبالتالى اكتفى بالسبب بمعناه المباشر، أى الغاية المباشرة التى يسعى اليهـا المتعاقـد. غير انه لم يغب عن ذهن الفـقيه دوما وجـوب التبصـر ببعض الجوانب الاخلاقية فى رقابة المتعاقدين، فـقد كان هذا الفقيه من انصار مراعاة الاعتبارات الاخلاقية والدينية فى نشأة الالتزامات.

ولكن هذه الرغبة لم تصل به الى حد القول بنظرية كاملة يدافع فيهـا عن سبب العقد وضرورة رقابته (السبب الباعثCause impulsive) بل وقف عند حد القـول ببطلان العقـود التى يكون محل الالتـزام فيهـا مخالفـا للنظام العام او الاداب العـامة، كأن يكون موضـوع العقد اتفاقـا على ارتكاب جريمة كالقتل او السرقـة مثلا، أما حيث يكون محل الالتزام اداء مشـروعا فلا محل للطعن عليه بحجـة عدم مشروعية الدافع البـاعث الى الاتفاق. وبالتالى يكون فقه دومـا قد باعد بين نظريتـه ومحاولات الفقـه الكنسى فى رقابة مشـروعية البواعث. ولا شك أن مذهب دوما يرجح اعتبار الاستقرار فى المعاملات على اعتبار رقابة مشروعية البواعث.

غير أن نظرية الـفقيه دوما تعـرضت للنقد من ثلاث نواح **أولها**: انها غير مكتملة، **والثانية**: انها خاطئة **والثالثة**: انها غير مفيدة ولا جدوى من ورائها :

---

(١) يقول الاستاذ السنهورى أن العيب الجوهرى فى نظرية دوما أنه تأثر بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا امناء على القانون الرومانى فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة مع انه من انصار المنطق والقـانون الطبيـعى، وهو ينادى بالارادة وحدها مـصدراً للالتـزام فيطاوع فى ذلـك الفقـهاء المدنيين المتـأثرين بالقانون الكنسى. ويرجع الـقهقـرى عندما يتـولى بسط نظرية السبب، فلا يسيـر فى منطقـة الى مداه ويأبى أن يكون منطقـيا فى نظرته الي الارادة والسـبب ويرجع الى الفكرة الرومانية فيجعل من السبب امرا موضـوعيا داخليا لا يتغير في نوع واحد من العقود. فاضـاع بذلك علي القانون خصوبـة النظرية الكنسية فى السـبب ومالها من مدي بعـيد واثر بالغ: السنهورى: العقد، رقم ٢٥٩.

أ- **أما انـها نظرية ناقصة** فمـرجع ذلك ان هذا الفقيـه قد عرض لعـقود التبـرعات وعقود المعـاوضات العينية، ولـكنه في عقود المعاوضـات لم يذكر سوى العقود الملزمـة للجانبين، مع ان هناك من عقود المعاوضـات الرضائية ما هو ملزم لجانب واحد. ومع ذلك يلاحظ الاساتذة مازو وشابا (ط ١٩٩١ رقم ١٢٦٤) ان هذا النقـد ليس له اهميـة كبيـرة، لأن هذه العقـود النادرة التى لم يعرض لهـا الفقـيه «دوما كـالوعد بالبيع من جـانب واحد، الوعـد بالقرض، الوعد بتنفـيذ التزام مدنى أو طبيـعى».. هذه العقود تتضـمن ان الالتزام الذى يقع على عـاتق المدين يقابله التـزام سوف يولد مـستـقبلا على عـاتق الطرف الاخر. أو يقابله التزام موجود بالفعل (كـما فى حالة الوعد بتنفيذ الالتزام) - فاذا كان المدين قد التزم فان ذلك من منظور ذلك الالتزام الآخر.

٢ - أما ان نظرية دوما فى السبب **خاطئة** فمؤداه ان القول بأنه فى العقود الملزمة للجانبين يجـد التزام كل طرف سببه في التزام الطرف الاخـر، يتضمن خطأ منطقـياً، ذلك ان السـبب لابد ان يسـبق المسبب بالضـرورة، في حين ان الالتزامات المتبادلة فى العقود المذكورة انما تنشأ مـتعاصرة وليست متعاقبة، أى انهـا جمـيعـاً تنشـأ فى لحظة واحدة. يضـاف الى ذلك خطأ النظرية فى شـأن العقـود العينية، ذلك ان تسليم الشئ فى هذه العـقود ليس سببـا لالتزام المدين بالرد ولكنه السـبب بالمعنى المنشئ الذي كان سـائدا فى القانون الرومـانى فى حقـبة تمسكه بالـشكلية. أمـا فى عقود الـتبرعـات فان نظرية دومـا تخلط بين السبب والباعث، لانهـا ترى السبب متمثلا في نية التـبرع، مع ان هذه النية لا يمكن فصلها عن البواعث التى دفعت المتبرع الى تبرعه.

٣ - أما أنها نظرية **غير مفيدة**، فهو رأى الاستاذ بلانيول Planiol (مطول القانون المدنى ١٨٩٩-٢- رقم ١٠٣٧)، الذى يرى عدم فائدة نظرية السبب سواء على مستوى عدم توافره أو على مستوى السبب الخاطئ، سواء على مستوى مشروعية السبب. ففي العقود العينية لا قيمة للقول بأن عدم تسليم الشئ يفقد العقد سببه طالما أن التسليم هو شرط انعقاد العقد باعتباره عقدا عينياً. أما في التبرعات فإن عدم توافر نية التبرع إنما يختلط بغياب الرضا ذاته، وغياب الرضا يكفى لامتناع انعقاد التصرف القانونى. أما فى العقود الملزمة للجانبين فإن اعداء نظرية السبب يؤكدون أن فكرة المحل[1] تغنى عن فكرة السبب. لأن تخلف سبب التزام أحد الطرفين معناه بالضرورة تخلف محل الالتزام المقابل.

٤ - وأخيرا يرى الاستاذ بلانيول انه لا فائدة لنظرية السبب بالنسبة للمشروعية، لان عدم مشروعية السبب تختلط بالضرورة بعدم مشروعية محل التزام الطرف الاخر.

استقرار الامر على فائدة وضرورة المفهوم التقليدى للسبب:

استقر الامر فقهاً وتشريعاً على ضرورة وفائدة المفهوم التقليدى للسبب. وقد نصت عليها المواد ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣ من القانون المدنى الفرنسى،

---

(١) يلاحظ أن هذا القول غير صحيح لان المحل لا يفسر ارتباط كل من الالتزامين بالاخر، وبالتالى فلو التقينا بفكرة المحل، وظهر فى بعض الحالات ان المحل مستحيل فى أحد الالتزامات لوجب القول بابطال هذا الالتزام وحده دون الالتزام المقابل (وكذلك لو كان محل احد الالتزامين غير مشروع) وهو ما لا يستقيم منطقا. كذلك فان نظرية السبب هى التى تفسر الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ لعدم التنفيذ وتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين.

أخذا بمفهوم الفقيه دوما (وكذلك الفقيه بوتيبهPothier).

ورغم أن المادة ١١٣٢ استعملت لفظ سبب العقد، فضلا عن ان المادتين ١١٣١، ١١٣٣ تعرضتا لعدم مشروعية السبب أو مخالفته للآداب العامة، الا ان التفسير السائد هو التزام المشرع الفرنسى بمفهوم السبب بمعنى السبب القصدى المباشر أو ما يسمى السبب المجرد، دون ما هو أبعد من ذلك (البواعث).

أما القانون المصرى فقد أخذ بذات المفهوم وكانت صياغة المادة ١٣٦ أكثر امانه لنظرية السبب المجرد اذ تحدثت عن سبب الالتزام ولم يرد فيها ذكر لسبب العقد، كما أن هذه المادة عرضت لبطلان العقد «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الاداب».

تطبيقات نظرية السبب على العقود المختلفة :

١ - فى العقود الملزمة للجانبين :

فى هذه العقود يعد سبب الالتزام هو الالتزام المقابل، أو بتعبير آخر تنفيذ الالتزام المقابل (كابيتان Capitan (السبب فى الالتزامات سنة ١٩٢٣). ومن قبيل ذلك ما سبق أن اشرنا اليه من أن سبب التزام البائع فى عقد البيع هو التزام المشترى بدفع الثمن والعكس بالعكس صحيح، وكذلك الحال فى التزامات المؤجر والمستأجر المتقابلة. وهذا السبب هو السبب المجرد المباشر الذي لا يختلف من متعاقد الى آخر في النوع الواحد من العقود، فهو مثلا لا يختلف من بائع الى آخر، ولا يختلف من مؤجر الى آخر. وبالتالى فلا شأن لهذا السبب المجرد بالبواعث الشخصية التى قد تدفع متعاقد ولا تدفع آخر.

وأخيرا يلاحظ أن السبب فى العقود الاحتمالية Aléatoir هو المخاطرة على الربح كما هو مقبول من الطرفين.

٢ - فى العقود العينية :

فى هذه العقود- وبغض النظر عن حدود الاعتراف بها- فإن السبب بالنسبة لها - وفق تعريفها التقليدى - هو تسليم الشئ محل الالتزام. فتسليم الشئ هو سبب إلتزام المتسلم برده عند إنتهاء المدة أو عند الطلب بحسب الاحوال، كما هو الحال في القرض والوديعة. فالسبب فى جميع هذه الالتزامات الناشئة عن هذه العقود واحد، وهو التسليم، ولا عبره بالبواعث التى تختلف من شخص لاخر.

٣ - فى التصرفات التبرعية :

تتميز هذه التصرفات بإنتفاء مقابل الالتزام الواقع على عاتق المدين، وتطبيقها الواضح هو عقد الهبة، فالواهب يلتزم بغير مقابل، أى على سبيل التبرع، وبالتالى يكون التساؤل عن سبب إلتزام المتبرع؟ ويعد هذا التساؤل مثيراً للاضطرابات فى صفوف أنصار نظرية السبب بمفهومها التقليدى، ذلك أن من تبرع لاحد أقاربه، أو لعمل من اعمال الخير، أو لعمل من اعمال النفع العام، قد يتعذر ان نكشف لديه عن سبب موضوعى ثابت فى هذا النوع من التصرفات، أى، لا يتغير من شخص لآخر. غير أن القول بوجود سبب شخصى يصب فى النهاية في وعاء البواعث ويبتعد بالتالى عن نظرية «السبب المجرد» عن سبب أو هو ما يحدث ارتباكا- كما قلنا- في مفهوم السبب لدي النظرية التقليدية. لكل ذلك تنتهى نظرية السبب الى انه يتمثل فى هذه التصرفات- فى عنصر مجرد أيضاً وهو «نية التبرع» وهو

باللاتينية Animus donandi وبالفرنسية L'intention libérale. وهذه النية تمثل السبب المجرد الذى لا يختلف عند متبرع لآخر، فهى واحدة عند من يتبرع لبناء مدرسة أو مستشفى أو من يتبرع لطفل يتيم أو لقريب محتاج.. إلخ وعلى هذا النحو فإذا إنتفت هذه النيه بطل التصرف بإعتباره تبرعاً، وليس للقاضي بعد ذلك ان يبحث فى الإعتبارات النفسية بما فيها البواعث الشخصية، لكى يبطل التصرف.

٤ - الوعد من جانب واحد :

قد يتعهد شخص بالوفاء بأداء معين، ويكون تعهده من جانب واحد وهنا يكون البحث عن سبب هذا التعهد او هذا الإلتزام. وتتوقف معرفة «السبب المجرد» على معرفة نوع الالتزام وملابسات نشأته، فقد يلتزم شخص (من جانب واحد) بالوفاء بتعويض لآخر أصابه الملتزم في حادث، وهنا تكون المسئولية التقصيرية هى سبب الإلتزام بالتعويض. وقد يلتزم شخص بالوفاء بدين، رغم أن مصدر هذا الدين إلتزام طبيعى، فيكون هذا الالتزام الاخير هو السبب المجرد للالتزام. وقد يلتزم الورثة بالوفاء بمبلغ أوصى به مورثهم، فتكون الوصية هى السبب الموضوعى للالتزام. وهناك حالات أخرى يكون سبب الالتزام هو مجرد نيه التبرع، كما لو إلتزم شخص بالإتفاق على طفل يتيم ليس ملزماً بالإتفاق عليه، أو تعهد باصلاح مستشفى أو مدرسة كعمل من اعمال الخير. فى الحالات الأولى يكون سبق وجود التزام هو سبب الإلتزام قانوناً. وفي الثانية يكون السبب هو نية التبرع.

غير أن هناك حالات قد يدق فيها البحث عن سبب الإلتزام لأنها حالات قليلة الحدوث نسبياً من الناحية العملية. ومن ذلك الوعد بالبيع من جانب

واحد، أو الوعد بالتفضيل، وهنا لا ينبئ الوعد بذاته عن سببه المجرد، ويقتضي الأمر بحث كيفية صدور الوعد وملابساته، لكى نصل الى السبب المجرد للإلتزام الذى أخذه الواعد على عاتقه (ستارك، العقد، ص ٢، رقم ١٦٧٠).

٥ - التصرف المجرد (الالتزامات الصرفية):

يقصد بالتصرف المجرد التصرف الذي لا تتوقف صحته على وجود السبب. فهو تصرف مجرد عن سببه، أى لا يتأثر بغياب السبب أو بصوريته او بعدم مشروعيته. والتصرف المجرد، على هذا النحو، يحقق للدائن ميزة كبرى، إذ يضعه، قبل الطرف الاخر، في منطقة الأمان الكامل، فلا يجوز لهذا الطرف الآخر أن ينازع فى الإلتزام المجرد بحجة إنتفاء سببه أو عدم مشروعيته أو عدم حقيقته. وقد اخذت بفكرة الإلتزام المجرد، وعلى نطاق واسع، بعض القوانين مثل القانون الالمانى. وفي القانون الرومانى، حين سادته الشكلية، لم يكن هناك وجه للمنازعة فى السبب وجوداً او مشروعية. فالتصرفات، كما سبق ان اشرنا، كانت تنشأ فى ذلك القانون بمجرد الإلتزام بالشكليات المطلوبة فحسب. وكان الشكل، والشكل وحده، هو السبب المنشئ للالتزام Cause efficiente . ولم يكن أمام المدين الذى إلتزم بغير سبب إلا أن يرجع على غريمه بدعوى الاثراء، أما فى القانون المصرى والفرنسى فإن ضرورة السبب وضرورة مشروعيته قد حسما بنصوص تشريعية سبق عرضها.

وبالتالي فإن الاصل فى القانون المصرى هو «أن لكل إلتزام سبباً». ومع ذلك فقد اقتضت ضرورات التجارة ومقتضيات السرعة والثقة فيها، أن يضفى القانون على بعض الأوراق التجارية (الشيك، السند الاذنى،

الكمبيالة) حماية مشددة فى مواجهة اشتراط «سبب للالتزام». فهذه الأوراق تقوم مقام النقود فى المعاملات التجارية، لذلك انفردت بنظام استثنائى يخرج بها عن منطقة القواعد العامة في نظرية «سبب الالتزام»، بحيث تنطلق فى الحياة التجارية لا يحد من وظيفتها عائق. واتفاقاً مع هذا الهدف أخذ القانون المصرى بمبدأ استقلالية الورقة فى الوفاء بها. فالحق الناشئ من الورقة التجارية هو حق اخر يختلف عن الحق الذى نشأ عن الرابطة السابقة على تحرير الورقة، وبالتالى لا يصادفه دفع بعدم مشروعية سبب العلاقة الاصلية أو عدم وجوده أو صوريته ويترتب على هذا المنطق أن الورقة التجارية تتجرد- فيما يتجاوز علاقة طرفيها الأصليين - عن سبب نشأة الالتزام الوارد فيها. يضاف الى ذلك، وفى ذات المعنى، إستقلال الإلتزامات الصرفية الناشئة عن التوقيع على الورقة بعضها عن بعض، وهو ما يطلق عليه مبدأ استقلال التوقيعات، حتى ولو نشأت هذه التوقيعات لاحقه على الإلتزام الباطل، فبطلان إلتزام ساحب الكمبيالة مثلا لا يتجاوز التزامه الى إلتزامات الموقعين الاخرين من مظهرين، أو ضامنين، أو المسحوب عليه القابل (م ١٠٩، ١١٠ من القانون التجارى المصرى).

ويطلق على كل ذلك **مبدأ تجريد الورقة التجارية واستقلاليتها**، أو مبدأ عدم جواز الإحتجاج بالدفوع.

أما في القانون المدنى المصرى فلم يجرد الإلتزام إلا على سبيل الإستثناء الضيق. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦١ من أن يكون الإلتزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً، ولو كان إلتزامه قبل المنيب باطلا، أو كان الإلتزام خاضعًا لدفع من الدفوع. ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغيره».

المبحث الثانى
النظرية الحديثة فى سبب العقد

صمدت نظرية السبب المجرد، أو النظرية التقليدية، أمام أعدائها واستقر امرها في نصوص القانون المدنى المصرى والفرنسى. غير أن هذا الإستقرار لم يخفى ما كشف عنه العمل من قصور فى هذه النظرية، قصور لا يناقض وجودها، ولكنه يستدعى تكملتها. لذلك بدأ بعض الشراح الفرنسيون (أوبرى ورو Aubry et Rau) والذين عرفوا السبب مع تمييزه عن الباعث الذى هو السبب البعيد نسبياً (أى غير المباشر أو غير القريب)، موضحين أن المتعاقد يتأثر بجمع من الظروف وملابسات التعاقد التى تصاحب نشأة الإلتزام، والتي تساهم في توضيح التعبير المتبادل عن الإرادة، ولكنها لا تحدد الإرادة بذات القدر ولذات المدى. فحين يزمع متعاقدان على إبرام إتفاق فإن هناك إرادة جوهرية تترجم الغرض الذى يسعيا إلى تحقيقه، ولكن إلى جانبه توجد عدة إعتبارات تابعة، تعبر، عند إجتماعها، عن المناخ التعاقدى. والنظرية التقليدية تعنى بالسبب الرئيسى الذى يدفع الى الإلتزام، ثم تهمل الإعتبارات الاخرى التى لا تعد سببا مباشراً للإلتزام. وهذا التخريج، وتلك المقابلة، لا تخلو من واقعية وعدالة. ثم إنتهت هذه المقابلة الى تحديد السبب المجرد فى كل نوع من انواع العقود على النحو الذى اسلفنا عرضه. ثم كان ما وجه الى هذا التحديد الضيق للسبب من نقد. ولكن بقي وميض السبب بالمعنى غير المباشر، أى بالمعنى النهائى Cause finale، يراود الباحثين عن توسيع نطاق السبب بخلق رقابة مشروعية على الدوافع الشخصية التى قد تدمغ إرادة احدالمتعاقدين حال إبرامه العقد. وقد كان الفضل الأول للقضاء، خاصة فى فرنسا، في خلق نظرية السبب، المعنى الجديد، تكمله، لوظيفة

السبب بالمعنى التقليدى، ودون أن تتناقض معها. وقد كان قيام القضاء بهذه الوظيفة امرا طبيعياً، فالقانون لا يعيش فى اطار افكار مجردة، بل هو صنو الحياة بكل ما فيها من تطورات ومتطلبات، وهو المرآة العاكسة للحياة الإجتماعية، من خلال حسم المنازعات بين المصالح المتعارضة والمتنازعة، وهو في قيامه بذلك يسهر على النظام العام والأداب العامة.

وكان أول نطاق يستشعر فيه القضاء عدم كفاية النظرية التقليدية، هو نطاق التصرفات التبرعية. ففي هذه التبرعات يعد السبب المجرد، والذي تقف هذه النظرية عند حدوده، هو نية التبرع، بغض النظر عن البواعث الشخصية للمتبرع. وبناء على هذا التصور المحدود والضيق، لن يكون هناك أبداً سبب غير مشروع او مخالف للاداب العامة أو النظام العام، لأن نية التبرع هى نية مجردة، واحده بالنسبة لجميع المتبرعين، لا يعكر صفو مشروعيتها أن تقف خلفها بواعث غير مشروعة. وعلى هذا النحو تصح - فى النظرية التقليدية - الهبة لامرأة بقصد انشاء علاقة غير مشروعة مثلاً. وإزاء ذلك كان على القضاء لكى يصل إلى تقرير بطلان مثل هذه التصرف ان ينتهى إلى أنه في التصرفات التبرعية هناك سبب لا يختلط بنية التبرع، هذا السبب هو الدافع للتصرف Cause impulsive أو Déterminant . وهذا التجديد في مفهوم السبب يؤدى، فضلا عن وظيفته فى رقابة الآداب العامة، إلى عدم إختلاط السبب فى عقود المعاوضات، مع محل الإلتزام، ذلك أن المحل هو عنصر مالي، ولا يمكن أن يتعدى هذا النطاق المالى، في حين ان السبب، خاصة بمعناه الحديث (الباعث) يصب فى إعتبارات نفسية ومعنوية، وبالتالي غير مالية. وآية ذلك أنه حين يهب شخص لخليلته فإن محل الإلتزام وهو قيمة

مالية لا تختلط بتاتاً بالباعث الدافع، وهو إستمرار العلاقة غير المشروعة. واخيراً فان نظرية السبب، بصورتيها التقليدية والحديثة، تمثل ضمانا لسلطان الارادة، كما أنها تمثل حدوداً للإرادة ذاتها.

أما إنها تمثل ضمانا لسلطان الارادة، فلأن الارادة، تملك وفقا للقانون، أن تخلق أو أن تعدل أو أن تنهى المراكز القانونية، لكن ضمان فعاليتها لابد أن يكون فى احترامها للنظام العام والآداب العامة. ومن هنا كانت نظرية السبب، وللإعتبار السابق، هى التى تضع حدود سلطان الإرادة، بما يتفق مع النسق الاجتماعى للمجتمع.

القانون المصرى والنظرية الحديثة فى السبب:

اشرنا فيما سلف الى نص المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى والتى جرت على إنه إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية «أن المشروع قد إلتزام حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسمت معالمه فى التقنينات اللاتينية. إلا إنه عرض له بتعديلين متفاوتى الاهمية. فيراعى أولا أنه إقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تعارضه مع النظام العام أو الآداب العامة دون أن يشير الى مخالفته لنص من نصوص القانون. وهو بإغفال هذه الاشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنينات اللاتينية، معتداً فى ذلك بعين الإعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل. والواقع أنه قد يؤخذ على اغفال هذه الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون

افراطها فى السعة أو تجردها من الفائدة. فهى تجاوز حدود المقصود إذا حرفت عبارة «نص القانون» إلى الأحكام التشريعية كافة وهى تصبح عديمة الفائدة إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الافراد. ويراعى من ناحية أخرى أن المشرع أغفل ذكر «السبب الصحيح» وهو ما يكون غير مطابق للواقع. وهذا هو أهم التعديلين». (مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢- ص ٢٥٥). ثم تضيف المذكرة الايضاحية (ص ٢٢٧) فى تعريف السبب «يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسي في العصر الحاضر. فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة ولا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات». ويعقب الاستاذ السنهورى قائلاً إنه «لاشك أن التقنين المدنى الجديد يعتنق النظرية الحديثة فى السبب. وينبذ النظرية التقليدية، فالسبب إذاً هو الباعث الدافع الى التعاقد، لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد. وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث، ولابد أن يكون معلومًا من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته ان يعلم به، فعدم المشرعية هذا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الارادة الحقيقية فهى غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة. شأنه فى ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو اكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم» (السنهورى، العقد، رقم ٢٨٠).

وقد رتب الأستاذ السنهورى على وجهة نظره نتيجة ثانية وهى إبعاد السبب الصحيح من دائرة السبب الى دائرة الغلط فى السبب، وهو يجعل

العقد باطلاً، وبين الغلط فى الباعث وهو لا يؤثر على صحة العقد. وذلك استنادًا الى أن هذه النظرية كانت تميز بين السبب بمعنى الغرض المباشر (السبب المجرد) من الإلتزام، وهو الذى يعتد به، وبين الباعث Cause im-pulsive وهو عديم الاثر، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا وان الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد لأن السبب بالمعنى التقليدى الصق بالعقد من الباعث فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد، أما الباعث فامر خارجى عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه»..، وقد «استبدلنا- فى رأى الاستاذ الكبير السنهورى- بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة واصبح السبب هو عين الباعث، لم يعد هناك محل للتميز بين الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط فى الباعث فكلاهما غلط فى الباعث ووجب أن يدرك أن نظرية الغلط قد إتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب، حتى تدخلت كل دائرة فى الأخرى، فاصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين ان نستخلصها لإحداهما وإلا "وقعنا فى المحظور.. ووقع خلط عجيب ما بين نظرية السبب والغلط، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينها يتنازعها كل منهما فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط Erronné كان العقد باطلاً. وإذا سميناها بالغلط فى الباعث كان العقد قابلا للبطلان». (السنهورى، رقم ٢٩٢).

أما النتيجة الثالثة التى يرتبها الاستاذ السنهورى، على وجهة نظرة السابقة، فهى أنه لا يوجد للسبب فى القانون المدنى المصرى الحالى سوى شرط واحد هو أن يكون مشروعا. ويوضح ذلك بالقول بأن نظرية السبب إنما قامت من أجل المشروعية وحدها، أول ما قامت، وإليها وحدها عادت فى

التقنين الجديد، وان السبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد، يجب استبقاءه، على الا يستخدم الا لحماية المشروعية، وهو وحده الذى يستطيع ان يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع ولا يغنى عنه ركن آخر، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء. ولكن عند هذا الحد يجب ان تقف مهمته، فلا تجاوز ذلك الى حماية المتعاقد ضد الغلط فى صورة السبب الصحيح، فان نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب، بل وتفضلها من حيث الجزاء (السنهورى، رقم ٢٩٣).

وأخيرا يوجه الفقيه الكبير السنهورى نقدا الى صياغة المادة ١٣٦ مدنى في ايرادها عبارة «إذا لم يكن للالتزام سبب» إذ ان هذه العبارة تفترض احتمال ان يكون هناك التزام بغير سبب وهذا احتمال- فى رأيه - غير متصور. «فما دمنا نجعل السبب هو الباعث، فكل ارادة لابد ان يكون لها باعث إلا اذا صدرت عن غير ذى تمييز» فالعبارة المشار اليها الىق بالنظرية التقليدية: ولا يجوز ان يفهم من ذلك ان القانون الجديد قد استبقى تلك النظرية، فالاعمال التحضرية صريحة فى انه نبذها واعتنق النظرية الحديثة (السنهورى، رقم ١٢٩٤).

الفصل الرابع
بطلان التصرفات القانونية
المبحث الاول
تعريف البطلان وصوره

بسطنا، فيما سلف، للشروط والاحكام المتعلقة بصحة التصرفات القانونية، والتى اوجب القانون احترامها. وكان لابد أن يتبع ذلك توضيح الجزاء على مخالفة تلك الشروط والأحكام. ويتمثل هذا الجزاء فى بطلان التصرف، فإذا ما ثبت إستحقاق التصرف لهذا الجزاء، وقضى به، وقع التصرف معدوماً لا ينتج أثره سواء من زاوية الحقوق أو من زاوية الالتزامات، فهو والعدم سواء.

وجزاء البطلان جزاء لاحق، أى انه حكم القانون على تصرف حدث بالمخالفة لاحكامه بعد وقوع المخالفة. وهذا هو الأصل الغالب من الناحية العملية. غير أن النظام القانونى قد يحول مقدما، دون تكوين تصرف مخالف، وهنا يكون اسلوب احترام القانون هو إسلوب وقائى. وباستعراض أحكام القانون نجد بعض تطبيقات يخلق فيها المشرع أدوات وقائية لاحترام احكامه خاصة ما تعلق منها بالنظام العام. ومن ذلك ما ينص عليه القانون المصرى من حظر تملك الأجانب للأرض الزراعية، وتقرير بطلان كل تصرف مخالف، ويحظر على مأموريات الشهر العقارى تسجيل مثل هذه التصرفات. وكذلك قانون منع تملك الأجانب للعقارات المبنية وأراض البناء، وحظر هذا التملك الا بعد موافقة مجلس الوزراء وإستيفاء الشروط القانونية. ففى مثل هذه الحالات تكون الجهة الادارية - الشهر العقارى- رقيبه، مقدمًا، على إحترام القانون، بالنسبة للعقود المخالفة، بالامتناع عن ترتيب أهم أثر لها وهو نقل الملكية. وكذلك الحال فى كل أمر يتطلب فيه المشرع موافقة مستوى ادارى معين لصحة التصرف، كما فى بعض حالات التصرف فى املاك

الدولة، اذ يظل العقد قبل هذه الموافقة مجرد مشروع للتعاقد. يبقى بعد ذلك الوجه الغالب من الناحية العملية متمثلاً فى بطلان التصرف بحسبانه جزاءً لاحقاً على تكوينه. وقد أقام النظام القانونى نظرية كاملة للبطلان مفصلا فيها أحواله واحكامه.

وينقسم البطلان الى قسمين أساسيين القسم الأول يتعلق بالبطلان المطلق، ويتعلق الثانى بالبطلان النسبى. ويقوم هذا التقسيم على درجتين من درجات البطلان. والبطلان المطلق يمثل الدرجة القصوى للبطلان إذ انه- اذا توافرت إحدى حالاته- يعدم العقد منذ وجوده، بمعنى أن التصرف يولد ميتا، حتى ولو توافر له مظهر الوجود المادى الخارجى. أما العقد القابل للبطلان فهو عقد يولد صحيحاً، ولكنه مشوب بعيب يجعله قابلاً للبطلان، إذا تمسك بالبطلان من تقرر هذا الجزاء لحمايته. وتعكس كل درجة من درجتى البطلان سالفتى الذكر قدر أهمية المصلحة التى يحميها القانون ومدى إتصالها بالبناء الفنى للعقد أو مدى إتصالها بالمصلحة العامة للمجتمع.

أولا - البطلان المطلق : وهو جزاء أولاً لتخلف ركن من أركان العقد، ويعد تقرير البطلان، في هذه الحالة، مجرد إعمال لحتمية منطقية فى عدم إكتمال أركان العقد عدم قيامه منطقيًا وفنيًا، وبالتالى من الناحية القانونية. ومن ذلك تخلف احد الاركان الثلاثة وهى الرضاء والمحل والسبب(١). فقد

---

(١) قد توجد نصوص خاصة فى بعض القوانين تقرر البطلان لاسباب معينة ومن ذلك بطلان تصرفات الشخص في الأموال التى فرضت عليها الحراسة بحكم من محكمة القيم عملا بالمادة ٢١ من القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب أو بطلان البيع الثانى واللاحق لوحدة سكنية وفقا للمادة ٢٣ من ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١(راجع نقض ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض س ٤٣ -٢-٧٩٥)، وكذلك بطلان بيع الاراضي المقسمة بقصد البناء عليها بطلانا مطلقا اذ تم البيع قبل صدور قرار بالموافقة على التقسيم، وفقا للمادة العاشرة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (نقض ١٣ يناير سنة ١٩٩٤ مجموعة احكام النقض س ٤٥-١-١٤٧ وهو الحال فى الاتفاقات التى تخالف نصوصا آمرة متعلقة بالنظام العام مثل نصوص القوانين الخاصة بإيجار الاماكن وقوانين العمل.

ينعدم الرضـاء لصدوره عن عديم الاهلية كـالمجنون أو المعتوه أو الصبـى غير المميز. أو فى حالة الإكراه المادى. بل، قـد ينعدم الرضاء لعدم تطابق الارادتين في العقـد، على نحو ما سـبق شرحه فى مـوضع سابق. كذلك الحـال لو كان ركن المحل غير مـوجود أو غير ممكن أو غـير قابل للتحديد. وبالنـسبة للركن الثـالث يبطل العقـد لتخلف السـبب، كمـا سـبـقت الاشارة. ويتـحقـق جزاء البطلان المطلق **ثانيا** جزاء تخلف المشروعية فى ركنى المحل أو السبب، كما لو كان المحل مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة (الإتفاق على القتل أو السرقة أو ممارسة الدعارة... الخ) أو كان السبب غير مشروع خاصة فى اطار الباعـث الدافع إلى التعاقد على نحو ما سبق عرضه.

ويلحق بالبطلان المطلق السالف ذكره حـالات تخلف الشكل فى العقود الشكلية (كالهبة) أو تخلف التسليم فى العقود العينية.

وفي جميـع هذه الحالات يكون التصرف باطلاً بطلانا اصليـاً اى مطلقًا، فـهو والعـدم سواء، لا يـنتج اثرا قانونيـا فى أى وقت من الأوقـات. وتدخل القضـاء، إنما يكون لتقـريره والكشف عنه وازالة كل شبـهة قـد توحى بوجود التصـرف ظاهرياً. ولأن التصـرف لا وجود له فانه يكون كـذلك فى مواجـهة الكافـة، لا يرد عليه تصـحيـح لاحق أو إجازة مـهمـا مضي على وجـوده من الزمن.

البطلان المطلق والإنعـدام : ظهرت فى بعض أروقة الفقـه الكنسى تفرقه بين البطلان المطـلق بالمعنى السـالف ذكـره[1]، ويقـصـد به الـبطلان الاصلى بالمعنى الصـحـيح والدقـيق من ناحـية والإنعـدام Inexistance أى انعـدام التصرف من ناحـيةاخرى، وكان المقصـود بهذه التفرقـة إظهار درجة للبطلان أكثـر عمقًا وشـدة من البطلان المطلق العادى. وقد اقـتـرحت تسميـة الإنعدام لبعض الحالات التى يفـتقر فيها التـصرف لعنصر لا يمكن بغيره تصـور قيامه.

(١) راجع : فلور واوبير، رقم ٣٣٤، مازو وشابا رقم ٣٥٦.

فمثلاً تنص المادة ١٤٦ مدنى فرنسى أنه لا يوجد إذا اذا لم يوجد رضاء. فاذا افترضنا ان شخصا لم يظهر اى رضاء، أو قبول بأى نحو كان. فى مثل هذه الحالة لا يكفى القول بأن العقد باطل، بل يجب القول بأنه عقد منعدم، ذلك أن البطلان يرد على ما هو موجود بالفعل، أي تصرف له مظهر خارجى، في حين أن العقد، في المثال السابق، لا وجود له اصلاً ولو ظاهريًا. وكان وجه الدفاع عن فكرة الإنعدام تلك- عند من قال بها- أن الإنعدام لا يحتاج إلى الإلتجاء الى القضاء لتقريره، بل يكفى صاحب الشأن ان يعلنه ولو بصفة عرضية إذا احتاج الأمر للتخلص من شبهة العقد. فضلا عن أن الإنعدام لا يتقادم بمعنى الزمن.

غير أن هذه التفرقة بين الإنعدام والبطلان، لم تصمد لنقد الفقه فى فرنسا. فهى معيبة من ثلاث نواح. أولا : لأنها لا تقدم معياراً يمكن الاعتماد عليه، وبشكل مؤكد، لإعمال هذه التفرقة، ومن انصارها من قال بمعيار مخالفة الشروط الطبيعية Conditions naturelles للعقد مثل شرط الرضا. ولكن من الواضح أن هذا التحديد لا يضيف جديداً الى غموض التفرقة. وثانياً: أن هذه التفرقة لا تمثل أى فائدة عملية، فالقول بأن الإنعدام لا يحتاج الى من يعلنه قضائيا، ويكفى بأن يقرره صاحب المصلحة.. هذا القول يفتقر إلى الواقعية ففى المجتمع الحديث لا يجوز لأى شخص أن يقتضى حقه، أو أن يقرر القانون، فى شأن مراكزه التعاقديه، بنفسه، اذ يتعين دائما الإلتجاء للقضاء ليقول قالته فى كل نزاع حول حق أو مركز قانونى معين، يستوى أن يتعلق الأمر بالبطلان المطلق أو بما يزعم أنه «إنعدام للتصرف». ومن ناحية ثالثة فلا وجه لإعمال تفرقة بين الإنعدام والبطلان المطلق فى شأن التقادم، فالدعوى فى الحالتين تخضع لنظام تقادم واحد، كما أن الدفع بالتقادم، فى جميع الحالات هو دفع مؤبد.

- ورغم كل ما سبق، فقد اثيرت القضاء الفرنسى هذه التفرقة السابقة فى قضية قديمة ترجع الى الربع الاخير من القرن الماضى، وقد عرفت هذه القضية باسم Congrégation des fréres du st- Viateur (وصدر فيها حكم النقض الفرنسى في ٥ مايو سنة ١٨٧٩ سيرى ١٨٧٩-١-٣١٣) وتتحصل هذه الدعوى فى أن أحد المواطنين الفرنسيين قد تبرع لأحد المدارس الدينية والتى لا تعترف بها الدولة، وبالتالى ليس لها أى وجود من الناحية القانونية. ومع ذلك فقد نفذ الواهب هبته بالفعل: رغم بطلان التصرف (لان التصرف لجهة لا وجود لها قانونا). مضي على التنفيذ اكثر من ثلاثين سنة (وهى مدة التقادم في القانون الفرنسى) دون أن يثير أحد مسألة البطلان، ورغم أن الجهة المتبرع لها لم تستطع أن تكتسب ملكية الأموال المتبرع بها بطريق التقادم لإنتفاء وجودها، وبالتالى شخصيتها من الناحية القانونية. وقد ترتب على هذا الوضع أن ظلت الأموال على ذمة المتبرع من الناحية القانونية، وعند وفاته رفع الورثة دعوى على هذه الجهة المتبرع لها باسترداد اموالهم، وذلك على اساس أن الملكية وقد ظلت على ذمة المالك فإنه يجوز للمالك رفع الدعوى بالاسترداد. يضاف إلى ذلك، من منطق نظرية انعدام العقد، أن عقد الهبة المذكور تخلف فيه شرط من شروط تكوينه، أى أنه لم ينعقد أصلاً، بسبب أن الهبة تمت مع جهة لا وجود لها. ومع كل ذلك فقد قضى بأن دعوى البطلان في هذه الحالة تخضع للتقادم شأن أى دعوى أخرى.

وفيما عدا هذا القضاء، ظلت نظرية الإنعدام، لا تجد لها صدى إلا في حالات نادرة مثل حالة عقد الزواج، فقد لاحظ البعض أن ما ساهم فى ظهور هذه النظرية، هو ما كان مقرراً عقب ظهور تقنين نابليون، فى شأن عقود الزواج، من أنه لا بطلان بغير نص. وهى قاعدة كانت تستهدف استقرار

عقدالزواج وعـدم زعزعته الا في الحـالات الضيقة التى ينص عليـها القانون. ولكن ثار التساؤل عن حالات لم ترد بها نصوص بالبطلان ومع ذلك لا يمكن القول بصـحة العقـد أو الابقاء عليه. ومن ذلك ان المشـرع لم يشترط لصـحة الزواج أن يتم بين شخصين مخـتلفي الجنس، فهل معنى ذلك أن لا بطلان في هذه الحالة لعدم وجود نص؟ كانت الاجابة اسـعافا من جانب نظرية الإنعدام قولا بأن هذا العقـد ليس باطلا ولكنه منعدم، وهو ما كان يتـعين على القضاء أن يحكم به أخذا بنظريـة إنعدام العقد، وخـروجا من مأزق قـاعدة «لابطلان بغير نص».

أما فى نطاق القـانون المدنى فقـد وردت تعبيـرات انعدام العقـد فى عدة قضـايا حديثـة نسبيـاً فى أحكام القضـاء الفرنسى. ومن ذلك مـا قضى به فى دعوى رفعهـا أحد الاشخاص على شقيقه ببطلان بيع صـادر لهذا الأخير من ابيهمـا المتوفى، على سند من القول بتفـاهه الثمن، مما يجعل البيـع بغير ثمن. وقد قـضي فى هذه الدعوى بـأن العقد المطـعون عليه مـنعدم Inéxistant . ويجوز لكل صـاحب مصلحـة أن يطعن فيه. كـما قضى بـأن البيع، الذى لم يتـضمن تحديـدا للثمن، هو بيع مـجرد عن وجـوده القانونى، وبالتـالى لا ترد عليها إجازة أو تصحيح من أى من اطرافه، فهو عقد منعدم[1]، كما قضي بأن بيع المال الشـائع دون إتفاق جـميع الـشركـاء، هو بيع لم ينعقـد أى أنه عقـد منعدم[2].

ويلاحظ، على هذه الامثلة السابقة، أنها لا تعـود حقيقة الى فكرة انعدام العقـد، كمـا تصورها القـائلون بها. فـالأمثلة المـذكورة لا تعدو أن تـكون اما

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٨١ دالوز ١٩٨٣ص ٧٣ وتعليق لاروميه.

(٢) نقض تجارى فرنسى ١٩٨٣ بلتان المدنى - ٤ - رقم ٣٣٣.

حالات تدخل تحت بند البطلان بمفهومه الدقيق، كالبيع بثمن تافه أو بغير تحديد الثمن، أو تحت مدلول عدم النفاذ، كما فى حالة بيع المال الشائع بغير اجماع من الشركاء. ولم يكن هناك داع لاقحام نظرية الانعدام التى لم تمثل فى تلك الحالات، سوى مجرد تجاوز فى اللفظ دون اضافة الى مضمون البطلان العادى.

والحقيقة أن استخدام كلمة الانعدام يلفت النظر ألى أمرين:

الأمر الأول: أن هذا الاستخدام لا يكون مقبولا إلا للتعبير عن حالة شاذة يتخلف فيها وجود العقد على نحو لا يتوافر له الحد الادنى من مظهر التعاقد والتقاء الارادتين[١]، أى حالة عدم انعقاد العقد من أساسه. ومن قبيل ذلك حالة صدور إيجاب غامض غير مفهوم، ثم توجيهه لشخص لم يستطع، بسبب الابهام، الرد عليه.[٢] وكذلك إذا كان التصرف موضوع المنازعة لم يتجاوز فى الحقيقة مجرد نية العطاء موضوع الايجاب، فى حين لم يصادفه قبول من المرسل اليه، وفى هذه الحالة لا يجوز القول بتقادم دعوى البطلان لأن العقد معدوم[٣].

والملاحظ أنه في هذه الحالات السابقة لا وجود للعقد أو حتى لمظهر التعاقد، والقول بانعدام العقد هو مجرد تقرير لحقيقة مادية وقانونية. ولا يتصور فى المثالين السالفى الذكر- من واقع القضاء الفرنسى - أن يقال بتقادم

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٧٩ دالوز ١٩٧٩.I.R ص ٢٥٠.

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٨ يوليو سنة ١٩٦٧، بلتان المدنى -١- رقم ٣٦٨.

(٣) نقض مدنى فرنسى ١٠ يونيو، بلتان المدنى ١٩٨٦-١-- رقم ١٥٩. وراجع: جستان، العقد Formation ط٢- رقم ٧٣٩ وما بعدها، السنهورى، رقم ٣٠٠، جميل الشرقاوى، رقم ١١٨ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقى، رقم ٢٢١، وراجع مقال للاستاذ ديرى Durry فى مجموعة كابيتان ١٩٦١- ١٩٦٢ ص ٦١٥.

دعوى بطلان عقد لم ينعقد أصلا.

الامر الثانى أنه في مثل هذه الحالات الصارخة لعدم وجود العقد، أي لعدم انعقاده بتلاقى إرادتى طرفيه، فإن نظرية البطلان تبقى كافية لمواجهة حالات الخلل الاخرى، خاصة وأن الدفع بالبطلان المطلق هو دفع مؤبد لا يسقط بمضى الزمن، حتى ولو كانت دعوى البطلان المطلق تتقادم بمضى المدة القانونية.

ثانيا - البطلان النسبى أو القابلية للبطلان : وهو جزاء لتخلف شرط من شروط صحة العقد، والتى يقررها القانون حماية لأحد المتعاقدين، وتتمثل هذه الشروط فى شرط الاهلية، وسلامة الرضا من العيوب، وهى الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال. وهذه الشروط تصب حقيقة فى حماية إرادة العاقد مما قد يشوبها من نقص فى الإدراك، نتيجة توافر أحد العيوب المشار إليها. وواضح انها أمور تسعى إلى حماية المصلحة الخاصة للعاقد، ولذلك فإن العقد مع وجودها يكون له وجود قانونى، فالعقد صحيح ابتداء، ولكنه قابل للبطلان، اذا تمسك بهذا الابطال صاحب المصلحة فيه، وهو الشخص الذى قصد القانون إلى حمايته، وهو ناقص الاهلية ومن في حكمه، أو من عيبت ارادته. لذلك عبر البعض عن العقد القابل للابطال بأنه عقد مريض، قد يدركه الشفاء باجازة تصدر من صاحب الشأن وفق ضوابطها القانونية، وقد يدركة الشفاء أيضا بتقادم الحق فى التمسك بابطاله[1]. ولكنه، وهو العقد المريض، قد لا تسعفه إحدى حالات انقاذه السالفة الذكر، فتدركه غائلة البطلان، بناء على طلب صاحب المصلحة، فإن قضى بذلك صار هو والعدم سواء ويمحى وجوده بأثر رجعى ،كأنه لم يوجد قط.

---

(١) وفى هذه الحالة يستمر العقد على صحته مستمرا فى انتاجه لاثاره.

المبحث الثانى

النتائج المترتبة على التفرقة بين نوعى البطلان (المطلق والنسبى):

يترتب على التفرقة السابقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى بعض النتائج الهامة.

أولا - إن البطلان المطلق، وهو يعكس حالة من الخلل العقدى، جسيمة وجوهرية، يعنى أن العقد، أو التصرف، لا وجود له، فهو والعدم سواء، ولد ميتا منذ لحظة الادعاء بوجوده. وفى مصر، فقها وقضاء، يعبر كثيراً عن البطلان بأن التصرف منعدم. وهو والحال كذلك لا يحتاج إلى تدخل من القضاء لكى يقرره، فإذا ما رفعت به دعوى إلى المحكمة، فإن القاضي لا يملك سوى أن يكشف عنه، وحكمه بالتالي كاشف عنه وليس منشئا له. بل إن المحكمة تقضى بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها إذا تبين أمامها سبب البطلان. وللنيابة العامة أن تتمسك به خاصة عندما يكون سببه متعلقاً بالنظام العام أو الآداب العامة، أو مخالفة قاعدة آمرة تشريعية. ويلاحظ أن البطلان المطلق رغم أنه يعكس حالة انعدام العقد، إلا أن أحد اطراف التصرف قد يكون فى حاجة إلى الإلتجاء الى القضاء للحصول على حكم بتقرير البطلان. وعادة ما تكون مصلحته فى هذا الالتجاء هى ازالة هذه الشبهة، وقد يسعى رافع الدعوى فى أحيان أخرى إلى استرداد ما يكون قد نفذه من التزامات وفقا لهذا العقد، وذلك بالحصول على حكم بالبطلان، وبالتالى إعادة الحال الى ما كانت عليه.

وطلب الحكم بالبطلان المطلق مقرر لكل صاحب مصلحة سواء كان طرفا فى التصرف أم لم يكن. ويقصد بصاحب المصلحة هنا، أى شخص

تعود عليه فائدة من بطلان التصرف. والفائدة المقصودة هنا ليست هى مطلق الفائدة أيا كانت لاى شخص كان، بل هى فائدة محددة تتمثل فى الفائدة التى يجنيها صاحب الحق بالمعنى الصحيح، وهو صاحب الحق التى يتأثر سلبا بصحة العقد أو ايجابا ببطلانه. وينحصر صاحب المصلحة، على هذا النحو السابق، فى اى من طرفى التصرف، فالبائع له مصلحة في بطلان البيع لكى يتحلل من التزاماته او ليسترد المبيع إن كان قد سلمه للمشترى، وكذلك المشترى له مصلحة فى التخلص من التزامه بدفع الثمن أو استرداده إن كان قد اوفى به. ويأخذ حكم العاقدين، الخلف العام، والخلف الخاص، لأى منهما، وكذلك الورثة. كما يشمل صاحب المصلحة دائني احد المتعاقدين والذين قد تكون مصلحتهم فى بطلان التصرف ابقاء للمال المتصرف فيه فى ذمة المدين، توسلا للتنفيذ عليه استيفاءً للدين. كذلك يدخل في مدلول صاحب المصلحة، بالمعني المحدد سلفا، كل من تلقي حقا عينيا على العين المتصرف فيها. وكل من كان له حق شخصي يتعلق بتلك العين. وبالتالى يدخل ضمن هذه الطائفة الدائن المرتهن من البائع مثلا ليبقى له رهنه قائما على الشئ، والمرتهن من المشترى لكى يسقط اجل الدين ويستوفى دينه فوراً باعتبار ان بطلان الرهن هو اضاعة للتأمين يؤدى الى سقوط الاجل. كما يجوز طلب البطلان من المستأجر من البائع لكى يستبقي العين فى ذمة هذا الاخير، ولكى يتمكن بالتالى من الانتفاع بها، كذلك يطلبه المستأجر من المشترى لكى يتخلص من عقد الايجار ثم يطالب بما يكون قد اوفاه من اجره معجلة.

أما العقد الباطل نسبياً، فهو، كما سبقت الاشارة، عقد صحيح، ولكن اصابه عيب جعله تصرفا مختلا. غير أن هذا الخلل لا يعنى عدم وجود

التصرف. فوجود هذا التصرف ليس محلا للشك، كما ان صحته ايضا لست مشكوكا فيها، وان كان المشكوك فيه هو استمرارية التصرف صحيحا. فهو عقد صحيح ولكنه مهدد بالزوال اذا تمسك صاحب المصلحة بابطاله، وهو ناقص الاهلية أو من تَعَيَّبَت ارادته باحد العيوب المعتبرة قانونا[1].

ولان العقد الباطل بطلان نسبياً هو عقد صحيح وموجود فان ابطاله لا يكون الا بناء على طلب صاحب الشأن، والمتعاقد الذى تقرر الابطال لمصلحته. فله وحده - دون المتعاقد الآخر - أن يتمسك بهذا الحق. وبالتالى ينحصر صاحب المصلحة، على هذا النحو، فى العاقد ناقص الاهلية أو من كان ضحية لعيب فى الارادة. ويمتد الحق فى الابطال الي الخلف العام فقط، ولا يمتد الى الخلف الخاص، كما لا يجوز للدائن ان يطلبه مباشرة باسمه، انما يجوز له ان يتمسك به نيابة عن مدينة مستعملا الدعوى غير المباشرة.

ويترتب على هذا المنطق السابق. فى أن هذا العقد موجود صحيح - أن الابطال لا يتقرر الا رضاء بين الطرفين، فان لم يتراضيا على ذلك، كان لابد من الالتجاء الى المحكمة لتقضى بابطال التصرف اذا توافرت احدى حالاته.

- واخيراً، وكما اشرنا سلفا، فإنه اذا قضى بالبطلان، سواء كان مطلقا أو نسبيا، فإن اثر هذا القضاء واحد فى الحالتين وهو عدم الاعتراف بوجود التصرف، بأثر رجعى، أى كأنه لم يوجد قط.

---

(١) يلاحظ أن هناك حالات بطلان نسبى وردت على خلاف قواعد البطلان العامة مثل بطلان بيع ملك الغير لمصلحة المشترى وحده.

ثانيا - الاجازة لا تلحق الا بالعقد القابل للبطلان:

يقصد بالاجازة تصحيح التصرف، بالتجاوز عن العيب الذي لحق به. وعلى هذا النحو فإن الاجازة لا تلحق إلا العقد القابل للابطال، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فلا تلحقه اجازة او تصحيح[1]. فالاجازة ترد على ما هو موجود قابل للبقاء، والعقد الباطل بطلانا مطلقا معدوم لا وجود له. وقد نصت المادة ١٤١/ ١ على هذه القاعدة المنطقية بقولها «لا يزول البطلان بالاجازة»[2]. أما العقد القابل للبطلان فلانه عقد صحيح، فإن الاجازة تلحقه، وهى هنا تزيل عنه خطراً كان كامنا فيه مهددا وجوده بالزوال، وبالاجازة يخرج العقد من منطقة القابلية للابطال، الى منطقة الصحة غير المهددة.

والاجازة على هذا النحو السابق هى عمل قانونى بالمعنى الكامل. وتخضع، بالتالى، لشروط صحة الاعمال القانونية. فيجب ان تصدر عن صاحب الشأن عن علم بالعيب الذي اصاب التصرف، واتجاه ارادته الى التجاوز عن هذا العيب. وهو شرط مبدئى تقتضيه ضرورة اتجاه الارادة الى احداث الاثر القانونى المطلوب. ثم يتعين فضلا عن ذلك ان تتوافر فيه الاهلية اللازمة للاجازة باعتبارها تصرفا قانونيا. وكل ذلك يفترض ان الاجازة لابد

---

(١) راجع : عبد المنعم البدراوى، مصادر الالتزام ١٩٨٩، رقم ٢٦٣.

(٢) يلاحظ أن هناك من اسباب البطلان المطلق ما يمكن لصاحب الشأن أن يتجاوز عنه، فمثلا لو ان عقد باطلا بسبب انعدام الارادة، لاكراه مادي، فان لصاحب الشأن المكره ان يتمسك بهذا العقد، غير ان هذا التمسك لا يعيد الحياة للعقد الباطل ولكنه يفسر على انه تعاقد جديد لا يسرى الا من التاريخ الجديد لابرام التصرف، وعلى ان تتوافر في هذا العقد الجديد مواصفات الصحة كاملة.

ان تكون بعد زوال العيب، بأن يكون ناقص الاهلية قد بلغ سن الرشد، أو ان يكون المتعاقد قد اكتشف الغلط الذي وقع فيه، أو التدليس الذى كان ضحية له، أو ان يكون الاكراه قد زال عنه واصبح حر الاختيار.

- **والاجازة** يصح أن تكون **صريحة**، وهى تكون كذلك بالانصاح المباشر عن التجاوز عما اصاب العقد من عيب، وبالتالى الرضا به رغما عن هذا العيب. كما قد تكون الاجازة **ضمنية**، وهى التى تستفاد من ظروف الحال المتعلقة بمسلك العاقد بعد زوال سبب الابطال. ومن اهم صور الاجازة الضمنية ان يقوم العاقد بتنفيذ التزاماته العقديه بعد تكشف العيب او زوال سببه وعلمه بذلك، او ان يتخذ من السلوك ما يجزم بهذه الاجازة. ومن هذا القبيل ان يقوم هذا العاقد بالتصرف فى الشئ موضوع التعاقد، او ان يقوم باجراء يتعلق بهذا الشئ وينبئ عن الاجازة، كأن يكون العقد متعلقا بارض فضاء اشتراها فيقوم بالبناء عليها او برهنها أو باعادة بيعها، أو بارض باعها فيقوم بالمطالبة بالثمن أو قبضه[1].. الخ.

واخيراً فان الاجازة انما تصدر عن ذات العاقد- أو وكيله المفوض فى

---

(١) وقد قضى بأن الدفع بصورية بيع شخص لزوجته، على اساس انه في حقيقته وصيه، يتضمن اجازة ضمنية، تحول بينه وبين الطعن بالاستغلال: نقض مدنى ٢١/ ١٢/ ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٠٨١، كذلك يعتبر اجازة ضمنية توقيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد على عقود بيع اجراها المتقاسمون معه على انصبائهم التى آلت اليهم بمقتضى القسمة التى ابرمها معهم حال قصره. نقض ٢/ ٥/ ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٥٩٥: وقضى على العكس من ذلك بأن الدفع بالتزوير ليس اجازة ضمنية وبالتالى لا تمنع من التمسك بابطال العقد لنقص الاهلية نقض ١٥/ ٢/ ١٩٦٢، مجموعة احكام النقض س ١٣ ص ٢٦٨ راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٢٣٢، مجمود جمال زكى، رقم ١٢٣. ويلاحظ ان مجرد السكوت لا يعتبر اجازة للتصرف.

ذلك- باعتباره صاحب الحق فى التمسك بالابطال أو فى النزول عن هذا الحق. ويقع عبء اثبات الاجازة على من يدعيها، أى على المتعاقد الآخر. ويكون اثباتها بكافة الطرق إذا كانت مستفادة من واقعة مادية، وكذلك الحال ولو كانت مجرد تصرف قانونى. لان المكلف بالاثبات ليس طرفا فى الاجازة.

اثار اجازة العقد القابل للابطال : يترتب على الاجازة زوال الخطر الذي كان يهدد العقد، بأن يستقر العقد فى اطار الصحة نهائياً. وقد نصت المادة ١٣٩/ ٢ مدنى على ان «تستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير».

وقد ناقض بعض الفقه الاثر الرجعى للاجازة، والتى نصت عليها المادة ١٣٩/ ٢ مدنى صراحة. ويقرر الاستاذ السنهورى ان مفاد ذلك ان العقد يعتبر صحيحاً منذ وقت صدوره، أى ينقلب صحيحا بوجه بات. ولكن هذا الاثر الرجعى لا يكون الا فيما بين المتعاقدين لا بالنسبة للغير ممن كسب حقا عينيا على الشئ موضوع العقد[١].

وقد عقب البعض الآخر[٢] على فكرة الاثر الرجعى السابق ذكرها بأنها فكرة عقيمة، وغير ذات موضوع اصلا. فالعقد القابل للبطلان، هو عقد صحيح ومنتج لاثاره منذ مولده، ومن ثم فهو ليس فى حاجة الى أن ترتد الاجازة الى الماضى لتصححه في وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحا». ومن

(١) السنهورى، السابق، رقم ٣١٨، والمراجع التى اشار اليها فى الهامش.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، وراجع : عبد المنعم البدراوى، مصادر الالتزام رقم ٢٧٠، عبد المنعم فرج الصده، السابق، رقم ٢٥١.

ناحية اخرى فإن القول بالاثر الرجعى للاجازة «دون اخلال بحقوق الغير» هو قول مجرد عن المعنى»، فليس من المتصور، لو اننا تمشينا مع منطق القانون، أن يخل الاثر الرجعى للاجازة فى ذاته بحقوق الغير.

وان نص المادة ١٣٩/ ٢ مدنى «لا يقضى بان الاجازة لا تسرى في حق الغير، وانما يقول ان الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد. ومع افتراض ان الاجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير فان ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده الى النتيجة التى يرتبها انصار الرأى الذى نعارضه» فإذا حدث ان باع «ناقص الاهلية ارضه لزيد، وبعد بلوغه سن الرشد، باعها مرة ثانية او رهنها لبكر، ثم أجاز البيع الاول. فى هذا المثال، نجد ان البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحا منتجاً لاثاره، حتى قبل اجازته، فهو بهذه المثابة قد افلح فى نقل الملكية لزيد، فإذا جاء البائع، بعد ذلك، وتصرف فى الارض لبكر، فإنه تصرف له فى ملك الغير فلا يستطيع ان ينقل اليه الملكية أو يرتب له حق الرهن لأن فاقد الشئ لا يعطيه، فاذا اجاز البائع البيع الحاصل لزيد وقلنا ان هذه الاجازة لا تسرى فى حق بكر، ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده ان يخلص الحق لبكر. إذ ان عدم الاعتداد بالاجازة بالنسبة لبكر معناه عدم وجودها فى حقه، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الاجازة ومن قبل صدورها[1]».

ونلاحظ أن هذا التعقيب الاخير هو الذى يتفق مع المفهوم الصحيح للبطلان النسبى، فكما سبقت الاشارة، هذا العقد صحيح منذ نشأته، وإن كان

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، ص ٤٧٧ هامش ١.

فقط مهددا بالابطال لما شابه من عيب، وبالتالى فان الاجازة لا تضيف جديداً الى صف الصحة فى العقد انما تزيل عنه ما كان يتهدده من خطر الابطال فيستقر فى استمرار صحته. وأثر الاجازة على هذا النحو، هو عكس اثر التمسك للابطال اذا آستجيب له وقضي به.. ففى هذه الحالة الاخيرة يكون للحكم بالابطال اثر رجعى فيعدم العقد منذ وجوده، أى بأثر رجعى.

وعلى هذا النحو فإن مفهوم البطلان النسبى لا اثر له على وجود العقد ولا يعوق انتاجه لاثاره، من حيث نقل الملكية أو الرهن، طالما لم يتقرر ابطاله[١]، والاجازة تزيل عنه احتمالات طلب الابطال نهائيا[٢].

ثالثا - التقادم ونوعا البطلان:

أ - دعوى البطلان المطلق :

أشرنا سلفا إلى أن البطلان المطلق يعنى ان العقد لا وجود له، ولد ميتا منذ الزعم بمولده، كما قلنا ان الفقه فى مصر يستخدم كثيرا تعبير الانعدام على حالة البطلان المطلق. «ولان العدم لا يتقلب وجودا مهما طال عليه الامد». وكان هذا المعنى هو اتجاه الاستاذ السنهورى فى ظل القانون المدنى القديم[٣]. وعلى هذا المنوال كانت تسير محكمة النقض المصرية: « أن العقد المشوب ببطلان اصلى متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له. ولما كان التقادم لا يصحح الا ما كان له وجود وكان العقد الذى يتمسك به

---

(١) راجع: محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ١٢٣

(٢) يلاحظ ان التجاوز عن طلب الابطال بالاجازة لا يمنع المتعاقد المضرور من طلب التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة العيب الذي كان قد لحق بالعقد، كما في حالة التدليس والاكراه، ما لم يتضح من صياغة الاجازة وملابساتها انها نزول عند طلب التعويض ايضا.

(٣) راجع : السنهورى، السابق، رقم ٣١٩.

الطاعن، وهو عقد بيع يخفى رهنا، فإن مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحاً مهما طال الزمن ومن ثم لا يكون للتقادم اثر فيه، ولصاحب الشأن دائما ابدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه ويكون الحكم المطعون فيه اذا قضى برفض الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى ببطلان عقد البيع المذكور لم يخالف القانون..[1]». غير أن هذا الاتجاه كان يخالف مذهب القضاء الفرنسي، الذي كان يأخذ بمبدأ سقوط دعوى البطلان بالتقادم (ثلاثون سنة في القانون الفرنسى) على سند من ان قاعدة سقوط الدعاوى بمضي المدة القانونية قاعدة مطلقة شاملة[2]. وانه لا وجه لان تختص دعوى البطلان بالتأبيد دون بقية الدعاوى. خاصة وان سقوط الحق فى رفع دعوى البطلان بمضى المدة لا يعنى فقط بقاء الحال على ما هو عليه عملا بقاعدة استقرار الاوضاع القانونية بعد أن تمضى عليها مدد طويلة. بل ان سقوط الدعوى، على النحو السابق، لا يعنى ان الاطراف يلتزمون بالتنفيذ بعد اكتمال مدة التقادم. ذلك انه اذا حدث ان طالب طرف في عقد باطل بالتنفيذ فإن من حق الطرف الاخر ان يدفع هذه المطالبة بالبطلان المطلق. وهذا الدفع مؤبد لا يسقط بمضي الزمن مهما طال[3]. أما اذا كان العقد قد نفذ بالفعل، رغم بطلانه، فانه يجوز لمن قام

---

(١) نقض ١٦/ ٤/ ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ٩٤٤، وكانت واقعة الدعوى خاضعة للقانون المدنى القديم.

(٢) راجع: حكم نقض فرنسى يقرر هذا المبدأ منذ وقت بعيد ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠-١-١٤٥.

(٣) راجع نقض١١ إبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨- ص ٤٠٤ ان اثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة لا تجوز مواجهته بالتقادم. لانه دفع والدفوع لا تتقادم». ونقض ٢٩ أبريل سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام النقض س ٤٤-٢-٢٨٦ حيث قضى بأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك ان العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا، وإنما تتقادم الدعوى به فلا يتمع بعد مضي المدة الطويلة، أما اثاره الدفع بالبطلان ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لانه دفع والدفوع لا تتقادم.

بالتنفيذ ان يطالب باسترداد ما أوفاه للاخر، كأن يطالب المشترى، بعقد باطل باسترداد ما يكون قد سبق ان وفاه من ثمن، أو أن يتقدم البائع بطلب استرداد ما يكون قد سلمه من عقار (ذلك ما لم تكن دعوى الاسترداد ذاتها قد سقطت بالتقادم[١]).

- وقد أخذ القانون المدنى الحالى بالمبدأ الفرنسى فى سقوط دعوى البطلان المطلق بالتقادم، فقضى فى المادة ١٤١ مدنى على أن «**تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد**». وعلى هذا النحو فإن تأبيد «الدفع بالبطلان» هو الذي يمنع تنفيذ عقد باطل مهما طال الزمن. وهو ما يترتب عليه تحقيق قدر من العدالة التى قد نفتقدها بسبب تقادم دعوى البطلان. ذلك انه قد يحدث الا يثير اى من الطرفين مسألة بطلان العقد طوال فترة التقادم وحتى اكتمالها (١٥ سنة). ولكن قد يطلب احدهما التنفيذ بعد هذه المدة، وهنا يكون الدفع بالبطلان هو خير سبيل لرد هذه المطالبة.

وقد اعترض بعض الفقه على قاعدة تأبيد الدفع بالبطلان بأنه لا وجه للتفرقة، فى صدد التقادم، بين الدعوى والدفع، فهما صورتان للدعوى، يستعمل بهما صاحب الدعوى دعواه «وتنصرف القاعدة المتعلقة بها بداهة،

---

(١) مع ملاحظة أن دعوى استرداد ما سدد من ثمن هى دعوى استرداد ما دفع بغير وجه حق وهى تتقادم بخمسة عشر سنة من تاريخ السداد (وليس من تاريخ التعاقد). أما اذا كان محل الاسترداد عقاراً فإن الدعوى هى دعوى استحقاق وهى لا تسقط بمضى المدة.. ولكنها قد تفشل فى تحقيق غايتها إذا كان الخصم قد تملك العقار بالتقادم المكسب. وعلى هذا النحو فان الفشل فى اعادة الحال الي ما كانت عليه قد لا يعود الى سقوط دعوى البطلان بالتقادم، ولكنه قد يعود الى التقادم المسقط لدعوى الاسترداد او الى التقادم المكسب لحق الملكية. راجع السنهورى، السابق، رقم٣٢.

الى الصورتين معاً، ويتعين القول بسقوط كليهما بمضى تلك المدة. ولا يمكن الاحتجاج، لالقاء الشك فى هذه النتيجة، بوضوح الاعمال التحضيرية فى الاخذ بدوام الدفوع، واعتباره قاعدة مسلمة. لان الاعمال التحضيرية، اذا جاز الرجوع اليها لايضاح غامض، لا يمكن الاعتماد عليها لأعمال حكم يخالف القواعد العامة[1]».

غير أن هذا الاعتراض لم يلق قبولا فى الفقه او القضاء، الذي يسوده مبدأ عدم سقوط الدفع بالبطلان بالتقادم.

ب- التقادم والبطلان النسبى :

يختلف اثر التقادم فى البطلان النسبى عن اثره، والسابق عرضه، فى البطلان المطلق. فالحق فى رفع دعوى البطلان النسبى تسقط بالتقادم[2]. وتعود المغايرة فى الحكم، بين نوعى البطلان، الى المغايرة فى اسباب ومضمون البطلان فى كل منهما. فالبطلان النسبى يعود الى اسباب اقل خطورة وجسامة من اسباب البطلان المطلق، وهو ما دعى الى اعتبار العقد القابل للبطلان عقداً صحيحاً، مهدداً بالابطال، تهديدا يزول بالاجازة، كما يسقط الحق فى التمسك به بالتقادم، أى أن القابلية للبطلان هى امر عارض لا يستمر الى

---

(١) راجع: محمود جمال الدين زكى، رقم ١٢٥.

(٢) كما يخضع الدفع بالبطلان النسبى لذات احكام التقادم، فهو، اى الدفع بالبطلان النسبى، غير مؤبد، خلافا للوضع فى البطلان المطلق ومعنى ذلك ان المدة لا تبدأ الا برفع الحجر مهما طالت الفترة اللاحقة لابرام العقد، وهو ما يعتبر استثناء على القواعد العامة فى التقادم، والتى قصرت وقف التقادم لنقص الاهلية على التقادم طويل المدة، اذ لم يكن لناقص الاهلية نائب يمثله، جمال زكى السابق، رقم ١٢٦.

الابد، بحيث لا يستمر العقد مزعزعا فترة طويلة.

وقد قرر المشرع المصرى تقادما قصيراً لدعوى البطلان النسبى. فقد نصت المادة ١٤٠ مدنى على ان «١- يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات».

«٢- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الاهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط او التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه. وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه. وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس او اكراه. اذ انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد».

ويضع النص السابق ثلاث قواعد فى تقادم البطلان النسبى:

القاعدة الأولى : تتعلق ببدء حساب مدة التقادم، وهنا يختلف بدء المدة باختلاف فى سبب البطلان النسبى، فاذا كان السبب هو نقص الاهلية فان المدة تبدأ من اليوم الذى يزول فيه سبب نقص الاهلية، وهو بلوغ سن الرشد في حالة القاصر، ورفع الحجر اذا كان السبب هو السفة او الغفلة. أما اذا كان السبب هو الغلط أو التدليس فيبدأ التقادم منذ اليوم الذي ينكشف فيه العيب. وفي حالة الاكراه منذ اليوم الذى ينقطع فيه الاكراه.

القاعدة الثالثة: تتعلق بمدة **تقادم طويل** خص بها المشرع حالات عيوب الارادة الثلاث، وهى الغلط والاكراه والتدليس، حيث تسقط دعوى طلب الابطال فى جميع الحالات بمضى خمس عشر سنة من وقت تمام التعاقد، أى حتى ولو لم ينكشف او يزول عيب الارادة. ونضيف، فى هذا المقام،

واستكمالا لصورة التقادم فى البطلان النسبى، ما سبق ان اشرنا اليه من أن المشرع قرر بالنسبة لعيب الاستغلال مدة سقوط هى سنة واحدة من تاريخ العقد لقبول دعوى الابطال (م١٢٩ مدنى).

واخيرا، فان اكتمال مدة التقادم يؤدى الى تأكيد صحة العقد، وزوال الخطر الذى كان يتهدده نهائياً.

المبحث الثالث

الاثار المترتبة على البطلان وحدودها[(١)]

أشرنا إلى أنه اذا حكم ببطلان العقد، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا فان النتيجة واحدة فى الحالتين، وهى إنعدام التصرف منذ مولده، اى ان التصرف يزول منذ لحظة وجوده، أى بأثر رجعى. فاذا كان التصرف لم ينفذ بعد انتهى امر تنفيذه الى الابد، وإذا كان قد نفذ كلياً أو جزئياً وجبت اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها وقت ابرام التصرف. فاذا تعذرت اعادة الحال على هذا النحو جاز للقاضى ان يحكم بتعويض عادل اذا توافرت شروطه. وفي هذا الخصوص نصت المادة ١٤٢ من القانون المدنى المصرى على انه: «١- في حالة ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فاذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل».

فإذا تعلق البطلان بعقد بيع مثلا، وكان كل من طرفيه قد نفذا التزامه، فإن اعادة الحال تعنى ان يرد المشترى المبيع الذى تسلمه، وأن يرد البائع الثمن الذى قبضه، بل ان على المشترى أيضا ان يرد ايضا ثمار المبيع عملا بالمادة

(١) وتمثل هذه الحدود استثناءات على الاثر الرجعى للبطلان، فتحى عبد الرحيم، السابق، ص ٤٧٣ وما بعدها.

٩٧٨ مدنـى وفى حدود شـروطها، حـيث تنص علي «(١) يكسب الحائـز ما قبضه من ثمار ما دام حسن النية» وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضه من يوم فصلها، أمـا الثمار المدينة فتـعتبر مقـبوضه يوما فـيوماً». ونصت المادة ١٧٩ مدنى ان الحـائز يكون مسئـولا من وقت ان يصبح سئ النية عن جـميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبـضها. غير انه يجوز له ان يسترد ما انفقه فى انتاج هذه الثمار».

وتطبق قاعدة اعـادة الحالة الى ما كانت عليـه على جميع العقود، كـعقد الايجار او عقد المقايضة، أو عقد العمل او عقد التأمين او عقد الشركة.. الخ.

غيـر أن اثر البطلان المتمـثل فى اعادة الحال الى مـا كانت عليـه ترد عليه بعض الحدود، وهى حدود تعنى ان العقد قد ينتج بعض الاثار، سواء فيما بين العاقدين او بالنسبة للغير. ونعرض فيما يلى لهاتين المسألتين على التوالى.

المطلب الأول

١ - اثار العقد الباطل بين طرفيه [١]

تـتمثل آثار العـقد البـاطل فـيمـا بين طرفيـه فـيمـا يرد على البطلان من استـثناءات تحد من الاطلاق فى نتـيجـته (وهى انعـدام التصرف كـليه) وهذه الاستثناءات هى :-

أولا - الحد من رجعية البطلان بالنسبة لعقود المدة :

عندمـا يصيب البطلان عـقدا زمنـيا، ويكون هذا العـقد قـد نفذ كليـا أو جزئياً، فان من المستحيل اعـادة الحال الى ما كانت عليه بين العاقدين. ذلك ان

---

(١) يلاحظ أن البطلان قد يثير مسئولية المتسبب فيه بخطئه قبل الطرف الآخر الذي لحق به ضرر بسبب البطلان، فـاذا توافرت شروط المسئوليـة على هذا النحو استحق المضـرور تعويضا من المسئول المخطئ.

تنفيذ الالتزام يختلط بالزمن، وما مضى من الزمن لا يعود ، وهو ما يجعل من المستحيل رد ما تم تنفيـذه خلال زمن مضي. ومن الامثلة الواضحة على ذلك بطلان عقد الايجار، حيث يستحيل محو الانتفـاع الذي يكون قد تم بالفعل من جانب المستأجر خلال المدة الماضية من العقد. لذلك فإن اثر البطلان يتحدد في حصول المؤجـر على مبلغ من المال فى مقابل مدة الانتفـاع التى استهلكت بالفعل، غـير هذا المبلغ لا يعد اجـره من الناحية القـانونية بسبب بطلان عـقد الايجـار، ولذلك ينظر الى هذا المبلـغ على انه عوض عـن الانتفـاع الفـعلي، ويراعى فى تقديره اجـره المثل السوقية، والتى قـد تعادل الاجرة الاتفاقـية وقد تختلف عنها.

وينطبق ذات الحل السابق على عقود اخرى مـثل عقد العمل. فاذا قضي بطلان هذا العـقد أو بابطاله، وكـان قـد نفذ خـلال فتـرة معـينة، فان العـامل يستحق عوضا عما اداه من عمل. غير ان هذا العوض لا يعد اجرا لعدم وجود عقد عمل صـحيح. ويؤدى عدم تطبيق البطلان بأثر رجعى على عـقد العمل الى احتـفاظ العامـل بما يعادل اجره والمزايا الاخـرى التى له حق فيـها، ولكن باعتبارها تعويضا وليس اجراً.

ثانيا- الحد من رجعية البطلان بسبب قواعد التقادم المكسب:

قد يصطدم إعمال البطلان بتمسك احد الطرفين بالتقادم المكسب القائم على وضع اليد وفق تصور التقادم المكسب وضـوابطه. وبالتالى فمن المتصور ان يحول التمـسك بهذا التقادم دون اعادة الحال الى مـا كانت عليه، وذلك اذا

توافرت شروطه. ومن تطبيقات عوائق تحقق اثار البطلان ما اشرنا اليه من قبل تملك الحائز حسن النية لثمار الشئ موضوع التصرف الباطل وعدم التزامه بالتالى بردها الى الطرف الآخر.

ثالثا- الحد من أثر البطلان فى شأن التزام ناقص الاهلية بالرد:

وهى حالة خاصة، بسبب نقص الاهلية، وقد قصد المشرع منها الى حماية ناقص الاهلية، اذا ابطل العقد لنقص اهليته، من ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد». وتعتبر هذه القاعدة استثناء على قاعدة اعادة المتعاقدين فى العقد الباطل الى ما كان عليه. لان هذه القاعدة الاخيرة كانت تقتضى ان القاصر الذى باع عقاراً، مثلا، ثم تمسك بالابطال، وقضى له به، يتعين عليه ان يعيد الثمن الذي قبضه كاملا. ولكن المشرع قدر ان هذا القاصر لا يجوز- حماية له- أن يتعرض لافتقار فى ذمته بسبب آثار البطلان، ولكن - وفى ذات الوقت- لا يجوز له ان يتخذ من الابطال سبيلا الى الاثراء على حساب الطرف الاخر. ومن هنا كان نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ والتى تقصر التزامه بالرد فى حدود المنفعة التى عادت عليه فقط، وتتحقق المنفعة المشار اليها فى امثلة عديدة، كأن يكون القاصر قد سدد ما قبضه، من ثمن مثلا، فى سداد دين عليه، أو فى شراء عقار أو بضاعة مفيدة...الخ[1].

ويطبق هذا الحكم الخاص بناقص الاهلية على حالات انعدام الاهلية

---

(١) ومعنى ذلك ان ناقص الاهلية لا يلتزم بالرد اذا لم يكن قد عاد عليه نفع من وراء ما تسلمه كأن يكون قد أنفق ما قبضه فى ملذاته وشهواته دون ان تعود عليه اية فائدة.

وذلك بطريق القياس من باب اولى[١]. ويثور التساؤل حول تحديد من يقع عليه عبء الاثبات من بين العاقدين؟.

ويذهب رأى إلى أن هذا العبء يقع على عاتق من تعاقد مع ناقص الاهلية، وهو اتجاه[٢] يتفق مع ان نص الفقرة ٢ من المادة ١٤٢ قد وضع لحمايته، وبالتالى يجب على خصمه ان يقيم الدليل على قدر ما عاد على القاصر من منفعة حتى يطالب باسترداد قيمتها.

غير أن **رأيا اخر**، نراه اكثر اتفاقا مع مبادئ الاثبات، يضع عبء اقامة الدليل على ناقص الاهلية، أى ان على هذا الأخير، إذا امتنع عن الرد كليا او جزئياً، ان يقيم الدليل على انه لم يعد عليه نفع مما قبضه او تسلمه، أو ان ما عاد عليه كان نفعا جزئياً يحدد ويثبته قدره. ويؤكد هذا الرأى ويؤيده ان القاعدة الواردة فى النص المشار اليه انما وردت على خلاف الاصل فى اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها عند التعاقد.. وان على كل من يدعى خلافا للاصل أن يتحمل عبء اثبات احقيته فيما يدعيه[٣].

رابعا- نظرية تحول العقد وانقاصه :

الاصل ان ينصرف البطلان، فى صورتيه، الى كامل التصرف القانونى فيعدمه بجمع جزئياته، لا يبقى منه شيئاً. غير ان كثرة التدخل التشريعى، فى العصر الحديث، والتى تمثلت فى كثير من القواعد القانونية الآمرة، التى تحمى

(١) وراجع المادة ١٨٦ مدنى «إذا لم تتوافر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى اثرى به.»

(٢) محمود جمال الدين زكى، السابق ٢ رقم ١٣٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٢٤٣.

فى معظمـها النظام العام، سـواء فى صورته التـقليدية، أم فى صورته الحـديثة (النظام العـام الاقتـصـادى) قد ادت الى ابتـداع ما يسـمى بالبطلان الجـزئى، والذي يتـخـذ صورة استـبعـاد الجـزء الباطـل فقط، مع الابقـاء على الجـزء الصحـيح قائمـا ينفذ بين طرفى التـصرف. كذلك ظهـرت وبكثرة العـمليات القانونـية المركبـة من عدة عـقود، والتى تسـهم معا فى مـشروع واحـد، سواء شمل هذه العـمليات عـقد واحد، أو شـملتها عـدة عقـود متميزة. وفى هذه الفروض ايضا قد يضرب البطلان جزء من أحـد العقود أو بعض شروط عقد من بينهـا. وفي جـمـيع هذه الحـالات قـد يؤدى البطـلان الكلى الى تفـويت الغـرض الذى يسعى اليـه النظام القانـونى من فرض قـواعد مـتعلقـة بالنظام العام. اذ يقتضي المنطق القانونى، فضلاعن المصلحـة التى يبتغيها المشرع، بقاء العقد قائما فيما خلا الجزء المخالف والذي يصيبه البطلان او الابطال.

وقد أخـذت بهذا المنطق المادة ١٤٣ من القانون المدنى حـيث نصت على انه «إذا كان العـقد فى شق فـيه باطلا أو قـابلا للبطلان فهذا الـشق وحده هو الذى يبطل، إلا اذا تبين ان العـقد مـا كان يـتم بغيـر الشق الذي وقع باطلا او قابلا لـلابطال فيبطـل العقد كلـه». وهو ما يسمـى انقاص العقـد، أو البطلان الجزئى. غـير ان الملاحظ ان النص السـابق يضع فكرة انقاص العـقد في اطار مبدأ سلطان الارادة، فهـو ينظر للانقاص من منظور اعمال هذه الارادة وليس من منظور مخالفتها. ولذلك **يفترض النص شرطـين اساسيين: الشرط الاول**: يتـمـثل فى ان جـزءً فقط من الـعقـد هو الذي اصـابه عـيب البطلان باحـدى صورتيه، المطلق او النسبى. وبالتالى لا مجـال، بطبيعة الحال، لتطبيق هذا المبدأ على حالة البطلان الكلـي. ومن الامثلة التى يمكن أن تطبق عليهـا الفكرة حالة وجود هبـه من زوج لزوجته مع اشـتراط تقـييد اقـامتهـا طوال حياتهـا، وبعد وفاته، في مـدينة معينة لا تغادرها. في هـذه الحالة يبطل الشرط، وتبقى الهـبة

قائمة، او ان يبرم شخص صفقة تتضمن عدة اشياء فيقع فى غلط بالنسبة لبعض هذه الاشياء، اذ يمكن فى هذا الفرض تجزئة التصرف باستبعاد الجزء المعيب. غير ان كل ذلك مشروط **بالشرط الثانى والهام** والذي ورد بالمادة ١٤٣ مدنى والذى يقيد البطلان الجزئى **بشرط ألا يتبين» أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذى وقع باطلا او قابلا للبطلان»** والا وقع العقد كله باطلا. وهذا الشرط يحبس البطلان الجزئى فى حدود لا يناقض فيها مقتضى ارادة عاقديه. وبالتالى فإذا كان الجزء الباطل جوهريا فى العقد بحيث كان دافعا رئيسياً لابرام التصرف، أى لولاه لما تم ابرامه، فى هذه الحالة يبطل العقد كله. كما لو اثبت الزوج في المثال الاول، أو ورثته، انه لولا الشرط لما ابرم الهبة، واثبت المشترى في المثال الثانى انه لولا الجزء موضوع الغلط لما كان قد ابرم الصفقة[1]. غير أن هذا الشق الاخير، المتمثل في الشرط الثانى لتطبيق البطلان الجزئى، لم يكن ليستجيب للتطور الحديث الذي اسرف احيانا فى القواعد الحمائية لبعض فئات المواطنين، فقد انتشرت فى النطاق العقدي تدخلات المشرع بقواعد امره يؤدى مخالفتها الى البطلان. ولكنه بطلان بالضرورة جزئى، أى يقتصر على الشروط المخالفة دون ان يمس سلامة العقد. ومن ذلك قيود الاجره والامتداد القانونى فى قوانين ايجار الاماكن والارض الزراعية (والتى تم تحريرها جزئيا فى ايجار الاماكن وكليا فى ايجار الارض الزراعية). اذ لا يتصور فى مثل هذه الحالات الا ان يطبق انقاص العقد دون تحفظ يتعلق باهمية الجزء الباطل بالنسبة للمؤجر... اذ لو سمح للمؤجر بالتمسك بانه لولا الجزء الباطل لما ابرم عقد الايجار، لكان فى ذلك كل الاخلال بفكرة النظام العام، وكل الاهدار لما يسعى اليه المشرع فى حماية

---

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٢٤٨.

للمستأجر[1]. وكذلك، وبذات المنطق، بالنسبة لقواعد حماية العمال في قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية. لذلك فإن المشرع فى مثل هذه الحالات ينص صراحة على بطلان «الشرط» (وليس العقد) المخالف، بل انه يفرض على المخالف عقوبة جنائية احيانا وهو ما كان يسلكه المشرع المصرى فى القوانين الخاصة بايجار الاماكن والارض الز اعية ويسلكه فى قوانين العمل. وعلي هذا النحو فان قصد احد المتعاقدين فى مثل هذه الحالات لا قيمة له، ويحل محله قصد المشرع فى اسباغ الحماية القانونية وفي الحدود التى تغياها هذا المشرع.

أما التطبيق الثانى فيتمثل فى **نظرية تحول العقد**، وفقا للمادة ١٤٤ مدنى والتى جرى نصها على انه «اذا كان العقد باطلا او قابلا للبطلان وتوافرت فيه اركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد».

وقد نشأت نظرية تحول العقد فى القانون الالمانى، حيث نص عليها فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى الالمانى. وكان الفقه والقضاء فى مصر قد جريا على الاخذ بها فى ظل القانون المدنى القديم رغم خلوه من نص يجيزها. ثم جاء القانون الحالى فاودعها نص المادة ١٤٤ مدنى، والسالف ذكرها. ويعود السبب فى ابتداع هذه النظرية الى ما لوحظ من ان بعض العقود قد يكون

---

(١) فالامر هنا هو امر تصحيح العقد بما يخرج عن نطاق نظرية تحول العقد، وهذا التصحح هو التزام بالنصوص التى يستند اليها والتى تقرر احكاما خاصة لحماية مصلحة عامة، ويخرج بها عن القواعد العامة فى القانون المدنى، وبالتالى فان البطلان المترتب على تلك الاحكام الخاصة يستوجب رد الحالة الى ما توجبه تلك الاحكام.. وإعمالا لهذا المنطق السليم فان الاتفاق على اجرة تزيد على الاجرة القانونية يقع باطلا وترد الحالة الى الاجرة التى يحددها القانون، والاتفاق على تعليق المدة على شرط أو اجل يقع باطلا وترد الحالة الى احكام الامتداد القانونى لعقود الايجار...، نقض ١٤ ابريل سنة ١٩٩٤ مجموعة أحكام النقض، س ٤٥-١- ٧٠٩.

باطلا لعدم استيفاء شكلية محددة تطلبها القانون لقيام التصرف (العقود الشكلية). ولكن هذا التصرف الباطل قد يكون مستوفيا لاركان وشرائط صحة عقد اخر لم يتطلب فيه القانون الشكلية التى تخلفت فى العقد الذى تغياه المتعاقدان ابتداء. ومن قبيل ذلك ان الوصية الباطلة لعدم افراغها فى الشكل المطلوب قانونا قد تعتبر عدولا عن وصية سابقة، والقسمة الباطلة لنقص اهلية احد المتقاسمين قد تعتبر قسمة مهايأة صحيحة، أى قسمة انتفاع اذا كان القاصر مأذونا له بالادارة، والتصرف الباطل كتصرف رسمى قد يكون صحيحا كتصرف عرفى اذا استوفى توقيعات اصحاب الشأن، وكذلك الكمبياله غير المستوفاه شكلا قد تتوافر لها شرائط سند لامر صحيح، وبطلان تظهير الكمبيالة لأمر لعدم استيفاء بياناته القانونية المطلوبة قد تتوافر فيه شرائط توكيل بقبض قيمتها، والبيع الباطل لتفاهة الثمن قد يتحول الى هبة صحيحة إذا توافرت لدى البائع نية التبرع وأُفرِغَ التصرف فى الشكل الرسمى المطلوب.. الخ.

وتمثل نظرية **تحول العقد** ظاهرة محمودة قوامها أن ابقاء العقود، وتلمس اسباب بقائها، افضل واولى من اهدارها واعدام قيمتها. ومن ناحية اخرى، فإن هذه النظرية قد تقررت فى اطار شروط لا تخرج بها عن منطقة احترام ارادة العاقدين. وهو ما يتبدى من خلال عرض شروط تطبيقها وفقا للتصوير الوارد فى المادة ١٤٤ مدنى سالفة الذكر وتتمثل هذه الشروط فى ثلاثة:

الشرط الاول - بطلان العقد الاصلى(١): وهو المفترض المبدئى الذى بغير توافره لن يكن هناك مجال لإعمال نظرية تحول العقد. ذلك انه لو كان

---

(١) راجع : ما قضى به من انه يشترط لتحويل التصرف الباطل الى تصرف صحيح ان يكون التصرف الاصلى باطلا وان تتوافر فيه عناصر عقد آخر يتحول اليه : نقض ١٣ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض، س ٤٥-١- ص ٦٩٤.

العقد الاصلى صحيحا لما جاز البحث عن بديل له، بل يتعين احترام شرعيته الاتفاقية نزولا على الارادة المشتركة للعاقدين.

أما إذا كان العقد معيبا، بما يبطله، فان البحث فى تحوله يكون جائزاً سواء كان العيب يؤدى، الى غائلة البطلان المطلق، أم يلقى به فى حدود القابلية للبطلان[١].

- ويلاحظ انه لا يجوز تحول العقد الصحيح الى غيره حتى لو تبين ان العاقدين كان يفضلا هذا العقد الاخر ومن ذلك ان يبرم شخصان رهنا حيازيا بينهما عن جهل منهما بوجود نظام للرهن الرسمى. في هذه الحالة لا يجوز تحول العقد حتى لو ثبت ان الطرفين كانا يفضلا الرهن الرسمى لو علما بنظامه[٢].

- واخيرا فلا مجال لإعمال نظرية تحول العقد إلا إذا كان العقد الباطل باطلا بصفة كلية، لانه إذا كان باطلا جزئيا لوجب تطبيق نظرية انقاص العقد الواردة في المادة ١٤٣ مدنى[٣].

الشرط الثانى : ان تتوافر فى العقد الباطل عناصر العقد الاخر: وهو شرط يقتضيه منطق فكرة التحول ذاتها، فهو تحول من عقد باطل بطلانا مطلقا

---

(١) راجع نقض ١٤/٦/١٩٩٦ مجموعة احكام النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ حيث قضي بأن شرط إعمال نظرية تحول العقد ان يكون العقد كله باطلا أو قابلا للبطلان.. وبالتالى لا يجوز اعمالها فى حالة العقد الصحيح المعلق على شرط واقف لم يتحقق. وقارن عكس هذا الرأى اعتراض عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٢٥٠ فى الهامش، ص ٥٠٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٢٥٠.

(٣) محمود جمال زكى، السابق، رقم ١٤٣، اسماعيل غانم السابق، رقم ١٤٣. سليمان مرقص، رقم ٢٤٥ السنهورى، السابق، رقم ٣٠٧.

أو نسبياً الى عقد آخر، وبالتالى فلابد أن تتوافر اركان هذا العقد الاخر وشرائط صحته. ومن هنا كانت فكرة التحول تدور فى تلك العملية العقدية القائمة بين الطرفين. ولا يجوز بحال ان تستكمل بعنصر خارجى عنها، وبالتالى فلا يجوز استحداث عنصر خارجى واقحامه على العملية العقدية لاعمال التحول. ومن ذلك انه اذا ابطل عقد بيع سيارة لانها غير مملوكة للبائع فلا يجوز القول بتحول العقد الى سيارة اخرى يملكها هذا البائع، لان المحل في العقد الباطل هو غير المحل الذي يراد التحول اليه، وهذا غير جائز ويناقض منطق نظرية التحول وجوهرها. ولهذا السبب فان هذا القيد لا يمكن التجاوز عنه حتى لو ثبت ان المتعاقدين كانا يقبلا ذلك لو علما بالحقيقة. وليس امام العاقدين فى مثل هذا الفرض السابق إلا ابرام عقد بيع جديد على المحل المختلف. ولهذا السبب ايضا لا يعد تحولا بقاء العقد الاصلى قائما فى حالة وقوع غلط فى صفة جوهرية فى الشئ المتعاقد عليه اذا عرض البائع على المشترى الشئ الذى قصد شراءه عملا بالمادة ١٢٤ مدنى. ففي هذه الحالة الاخيرة يكون المتعاقدان قد اجريا تصحيحا للعقد. وفقا للمادة ١٢٤ مدنى[١]، وليس تحولا له وفقا للمادة ١٤٤. كذلك لا يعد تحولا للعقد اجازة العقد القابل للبطلان، وبالتالى يجب ان تكون واضحة اوجه الاختلاف بين تصحيح العقد، واجازة التصرف القابل للبطلان، وتحول العقد وانقاصه.

الشرط الثالث – أن تتجه ارادة العاقدين احتمالا الي ابرام العقد الاخر لو تبينا بطلان العقد الاصلى : ويعكس هذا الشرط أن نظرية التحول تدور فى

---

(١) السنهورى، الموضع السابق.

فلك سلطان الارادة، ولا تتجاوزها. ومؤدى ذلك ان على القاضي ان يبحث عن هذه النية المحتملة وان يستظهرها. وسلطة القاضي فى هذا الشأن ليست سلطة تحكمية، فاذا كان يتولى عن العاقدين اعادة إنشاء التعاقد، الا انه يسترشد فى ذلك بارادتيهما بالذات[١]. والقاضي فى كل ذلك يستعين بظروف الحال وبالقرائن التى يستنبطها من ملابسات العقد وبنوده، وقد يستخلص القاضي النية اللازمة لإعمال التحول من مجرد سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان، بعد ان علما بأمره، ثم استمرارها فى تنفيذ العقد الاصلي مدة معينة[٢].

خامسا: هل يمتنع طلب الاسترداد على الطرف الملوث في حالة القضاء بالبطلان؟

عرف القانون الرومانى استثناء هاما على اثر البطلان، فى حالة مخالفة الاداب العامة أو النظام العام[٣]. ويقضى هذا الاستثناء بمنع الاسترداد على الطرف الملوَّث، ويقصد به الطرف الذى يعود اليه سبب البطلان أو كان شريكا فيه، إذ لا يجوز للآثم ان يستند الى إثمه ليطلب استرداد ما سبق أن اوفى به Nemo auditor propriam turpitudinem allégans فاذا كان الطرفان ملوثين امتنع الاسترداد على كل منهما، واحتفظ بالتالى كل منهما بما قبضه. وقد طبق هذا المبدأ فى ظل القانون الفرنسى القديم، ولم يعرض له القانون الفرنسى الحالى في نصوصه، فكان مثاراً للخلاف فى الفقه الفرنسى

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٦٤.

(٢) سليمان مرقص، السابق، رقم ٢٤٥.

(٤) كالاتفاق على رشوه أو على تداول المخدرات او الاتفاق بين رجل وأمرأة على اقامة علاقة غير مشروعة في مقابل مبلغ من المال.

بين مؤيد ومعارض. ويستند المؤيدون إلى تقاليد القانون الروماني ووجوب احترامها، بينما يذهب المعارضون إلى أن غياب النص على هذا المبدأ رغم الاخذ به في ظل القانون الفرنسي القديم يعد إلغاء ضمنيا له، ولو رغب المشرع الفرنسي في الأخذ به لما تردد في وضع نص خاص. وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فإنه ظل أمينا على الأخذ بالمبدأ المذكور، ثم ضيق من نطاق تطبيقه، فقصره على العقود المخالفة للاداب العامة فقط دون العقود المخالفة للنظام العام[١].

وفي مصر طبقت بعض المحاكم[٢] القاعدة المشار اليها في ظل القانون المدني القديم دون وجود نص ينظمها، وكان التطبيق شاملا لحالتي البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة.

وعند اعداد القانون المدني الحالي جرى جدل حول الاخذ بالمبدأ تشريعيا وكانت المادة ٢٠١/ ٣ من المشروع التمهيدي تنص على انه «لايجوز لمن وفى بالتزام مخالف للاداب أن يسترد ما دفعه إلا اذا كان في التزامه هو لم يخالف الاداب». غير ان هذه الفقرة الغيت في لجنة المراجعة باعتبار انها لا تتمشى مع البطلان. وقد ترتب على هذا الحذف إعتبار المبدأ غير قائم في القانون المدني الحالي. **ويرى بعض الفقه ان المشرع المصري** قد أحسن صنعا بهذا الحذف، لان القاعدة الرومانية قاعدة عتيقة كانت تجد مبرراتها في هذا القانون مما ساد فيه من شكليه. أما في الوقت الحالي فالمبدأ لا يستقيم مع منطق البطلان. واذا

---

(١) راجع : سليمان مرقص، السابق، رقم ٢٣٨، وراجع مؤلفه عن نظرية السبب، رقم ١١٥.

(٢) راجع الاحكام التي اشار اليها الاستاذ السنهوري، السابق، رقم ٣٣٨ في الهوامش.

كانت هناك حالات خاصة تقتضى النظر فإن القواعد العامة كفيلة بمعالجتها، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الاخر، مثل حالة وجود علاقة غير مشروعة بين رجل وأمرأة فى مقابل مال تسلمته منه، فإذا اراد الرجل الاسترداد «لانتردد فى انكار الاسترداد عليه، وتستبقي المرأة المال، لا بمقتضي العقد، فهو باطل لا ينتج اثرا، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الاخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي اصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع[1]».

ويذهب فريق آخر من الفقه المصرى إلى أنه اذا كان الرأى السابق ينكر على الرجل استرداد ما دفع فى المثال السابق، فانه من غير المقبول ان تحتفظ المرأة بما قبضت، فهى لا تستحقه، لا بمقتضى العقد لانه باطل، ولا طبقا لقواعد الفعل الضار لعدم حصول اى ضرر لها.. واذا افترضنا ان ضررا لحق بها فإن ذلك لا يكفى لمساءلة الرجل عن هذا الضرر بل يلزم ان يكون قد تسبب هو فيه بخطأ منه». لان المفروض ان الاتصال قد تم برضاها. غير ان هذا الرأى يضيف انه ان كان ينكر على المرأة أن تحتفظ بما قبضت فليس معنى ذلك انه يرى ان يباح للرجل ان يسترد ما دفع «بل أننا نأبى عليه ذلك، ونرى انه ما كان ينبغى للمشرع ان يطرح القاعدة الرومانية اطراحا تاماً لمجرد ما بدا له من مجافاتها منطق البطلان، وذلك مثلا بالنص على انه في حالة بطلان العقد لعدم المشروعية يكون لكل من الطرفين ان يطلب الزام ا لاخر برد ما

(١) السنهوري، السابق.

حـصله من اداءات بموجب هذا العـقـد على ان يصـادر المحكوم به لحسـاب الخزانة العامة[١]» ونعتـقد من جـانبنا فى وجـاهة هذا الرأى الاخيـر باعتـباره يوفق بين مقتضيات البطلان واعتـبار آخر هو منع الطرف الآثم من استرداد ما اوفى به تنفيذا لعقد الباطل.

سادسا: ترتيب آثار العقد الباطل في حالة الزواج الظنى عند المسيحيين:

ابتـدع الفقـه الكنسى نظرية تسـمى بنظرية الزواج الـظنى، وذلك بقصـد تخفيف الاثـار المترتبة على بطلان عقـد الزواج، فقد تتوافـر حالة من حالات بطلان عقـد الزواج، فاذا طبق عليهـا منطق البطلان بحذافيـره فإن ذلك يخلق وضعا شـائكاً إذا كان الزواج الباطل قد نفذ بالفـعل، وخاصة اذا نتج عنه ابناء للزوجين. ففي فرض البطلان تصبح العلاقة السـابقة على الحكم به علاقة غير شـرعيـة، ويصبـح الابناء الناتجـون عنه ابناء غـيـر شرعـيين. واذا توفى أحـد الزوجين فلن يرثه الاخـر لانتـفاء العـلاقـة الزوجيـة الشـرعيـة بين الزوجين. وتعكس كل هذه النتائج الخطورة الاجتـماعية لتطبيق البطلان بحـذافيره على النحـو السابق. وقـد دفع ذلك الى البحـث عن حل وسط يتنازل عن حتـميـة ترتيب كل آثار البطلان ولو بطريـقة جزئيـة. وقد نشـأت نظرية الزواج الظنى للتوفـيق بين اعتـبار البطلان واعـتبارات العـدالة ومراعـاة الملابسات العـائلية للزوجين[٢]. وتقـوم هذه النظرية على **عدة شروط**: **أولها** أن يكون البطلان قـد قضى به فعلا. **والثانى**: أن يكون هناك مظهر جاد للزواج، كأن يكون قد أعلن عن الزواج دينيا مثلا. **والثالث**: ان يكون كل من الزوجين، أو احدهـما، حسن

(١) سليمان مرقص، السابق.

(٢) راجع : حمـدي عبد الـرحمن، الاحوال الشـخصيـة لغير المسلمين ١٩٩٥، ص ٢٩٩ وما بعدها.

النية. مع ملاحظة أن من يستفيد من فكرة الزواج الظنى هو الطرف حسن النية وحده، أى الذى لا يعلم بحالة البطلان. وتتمثل الاستفادة في استحقاق الميراث إذا مات احدهما قبل تقرير البطلان، بشرط أن يكون الوارث هو الطرف حسن النية، كما توصف العلاقة الزوجية بالشرعية بالنسبة للزوجين، ولو كان احدهما فقط حسن النية، لان هذا الوصف لا يتجزأ، وكذلك بالنسبة للابناء، حيث يوصف الابناء بالشرعية.

غير أن كل تلك الاثار، فى حدود ضوابط النظرية المذكورة، انما تتقرر بالنسبة للماضى فقط، أى لا تتقرر بالنسبة للمستقبل، حيث يتم التفريق بين الزوجين، ولا تستمر علاقة الزوجية قائمة بينهما.

سابعا- حالة بطلان عقد الشركة التجارية:

يشترط القانون التجارى أوضاعاً معينة لانشاء الشركات التجارية. كما استوجب شهرها. وقد رتب المشرع على عدم اتباع تلك الاوضاع بطلان الشركة[1]. ومع ذلك فإن نتائج البطلان لا تترتب بصفة كاملة، فقد ظهرت نظرية شركة الواقع كبناء قانونى للتخفيف من النتائج الجوهرية للبطلان، خاصة وان هذا البطلان لا ينفى أن الشركة كانت قائمة بالفعل قبل القضاء ببطلانها، وانها عاشت على مسرح الحياة القانونية، بما مؤداه ان ترتيب كامل اثار البطلان على الماضى انما يؤدى الى زعزعة المراكز القانونية التى استقرت للاغيار[2].

---

(١) راجع: المواد ٤٦ وما بعدها من قانون التجارة، وراجع: ابو زيد رضوان، الشركات التجارية ١٩٨٩ رقم ٦٣ وما بعدها.

(٢) ابو زيد رضوان، السابق.

ومن أهم نتائج نظرية شركة الواقع أن تظل التصرفات القانونية التى ابرمتها الشركة، قبل القضاء ببطلانها، قائمة ومنتجة لاثارها، ويقتصر اثر البطلان على المستقبل. كما يترتب عليها ان تتم تصفية الشركة، وتقسيم الارباح والخسائر فى ضوء ما نص عليه العقد من شروط. وكل ذلك يعنى ان البطلان ليس مطلقا فى آثاره[1].

المطلب الثانى

آثار البطلان وحقوق الغير

الاصل فى البطلان اذا تقرر انه كما سبق القول يعدم العقد، وهو يعدمه فيما بين العاقدين، ولكنه ايضا يعدمه فى مواجهة الكافة، فالعدم لا يتجزء . فاذا باع أ عقارا الى ب مثلا ونقل اليه ملكيته ثم قام ب ببيع ذات العقار ونقل ملكيته الى جـ. ثم ثبت بطلان سند ملكية ب بأن قضي ببطلان عقد شرائه من أ، فإن النتيجة الحتمية لزوال سند الملكية المشار اليه زوال التصرف التالى والذى بنى على التصرف الاول، ويكون من حق أ أن يسترد العقار من المتصرف اليه الاخير وهو جـ. هذا هو منطق الحكم بالبطلان واثره، وهو فى المثال المعروض تطبيق امين لقاعدة منطقية هى ان الشخص لا يملك ان ينقل الى غيره حقوقا اكثر مما له. ففاقد الشئ لا يعطيه وغير المالك لا يملك.

إلا أن بعض اعتبارات العدالة وحماية الثقة فى المعاملات فى حالات حسن النية، فضلا عن اعتبارات عملية، اقتضت الحد من اثار البطلان بالنسبة للغير فى بعض الحالات وفى حدود معينة ونعرض لها فيما يلى:-

---

(١) راجع: حق كل شريك فى شركة التضامن او التوصية بالاسهم فى طلب بطلان الشركة لعدم اتخاذ اجراءات شهرها ونشرها.. اعتبار الشركة الباطلة لعدم الشهر والنشر قائمة فعلا بين الشركاء في الفترة بين تكوينها الى طلب البطلان شرطه ان تكون الشركة قد باشرت اعمالها بالفعل، نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض س ٤٤-٢-٦٦٦.

أولا - فكرة ان الغلط الشائع يولد الحق :

وهى فكرة «Error Commuinis» ، يعنى أن يوجد شخص فى مركز قانونى ظاهر يعتقد، بحسن نية، فى صحته، كما يعتقد الناس ايضا فى صحة هذا المركز، ويتعاملون معه على هذا الاساس. ثم يتبين، في وقت لاحق، بطلان هذه الصفة، أى عدم حقيقتها. وكان المفروض بعد تبين الحقيقة أن تكون تصرفات هذا الشخص الماضية باطلة حابطة الاثر لصدورها عن غير ذى صفة حقيقية، عملا بالاثر الرجعى للبطلان. غير ان هذه النتيجة تصدم الاستقرار، وتضر بالمتعاملين حسنى النية. ومن اجل تفادي هذه المساوئ وجدت فكرة ان الغلط الشائع يولد الحق. ومن قبيل ذلك تعامل الوارث الظاهر والوكيل الظاهر والدائن الظاهر، ففى مثل هذه الفروض تحمى فكرة الغلط الشائع من تعامل مع مثل هؤلاء من نتائج البطلان، اذا كان هذا المتعامل حسن النية[1].

وقد اختلف الرأى حول اتخاذ الفكرة السابقة مبدأ عاما، أم قصرها على حالات استثنائية.

والرأى الذى يعتبرها مبدأ عاما يستند الى أن القانون المدنى المصرى قد تبناها فى بعض نصوصه منها المادة ٣٣٣ مدنى التى تعتد بالوفاء للدائن الظاهر اذا تم بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته، او اذا تم الوفاء لمن

---

(١) راجع في الموضوع عموما: نعمان جمعه، أركان الوضع الظاهر القاهرة، ١٩٧٧، السنهورى، جزء ١٠، ص ٣١٠، حمدى عبد الرحمن، التأمينات الشخصية والعينية، ص ٤٦ و ٤٧ وقارن محمود جمال الدين زكى، السابق، ص ٢٥١، هامش ٨ الذي يقرر ان صحة تصرفات الوارث الظاهر لا يمكن التسليم بها فى القانون المصرى.

قدم مخالصة صادرة من الدائن م ٣٣٢ مدنى، خاصة ان هذا المبدأ يحمى الثقة المشروعة التى تتولد عن الوضع الظاهر[١].

أما الاتجاه الثانى فيرى قصر فكرة الغلط الشائع على الحالات التى وردت فى شأنها نصوص قانونية، باعتبار انها استثناء يرد على اصل عام. غير ان الهيئة العامة للمواد المدنية لمحكمة النقض المصرية قد عرضت لهذه المسألة وأصدرت فيها حكما يعتبر ان الفكرة السابقة تمثل قاعدة وليس استثناء. وقد جاء فى حكمها فى ١٦/ ٢/ ١٩٨٦ انه وان كان الاصل فى العقود الا تنفذ الا في حق عاقديها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها، الا انه باستقراء نصوص القانون المدنى يبين ان المشرع قد اعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل فى المجتمع. وتنضبط جميعا مع وحده علتها واتساق الحكم المشترك فيها، بما يحول دون وصفها الاستثناء، وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ومؤداها انه اذا كان صاحب الحق قد اسهم بخطئه - سلبا او ايجابا- فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، مما يدفع الغير حسن النية الي التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتى من شأنها ان تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق».

---

(١) راجع فى الموضوع : عبد الباسط جميعى، نظرية الاوضاع الظاهرة رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٥، وراجع نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٨٤، طعن رقم ١٢٠٧ س ٥٠ق، و ٢٥ يناير سنة ١٩٨٤، طعن ١٦٤٨س ٤٩ق و ١٥ ديسمبر سنة ١٩٨٣ طعن ١٦٤٩ س ٤٩ق.

ثانيا – الابقاء على اعمال الادارة :

اعمال الادارة هى تلك التى لا تخرج المال من ذمة صاحبه، ويقتصر اثرها على ادارته وتسيير امور استغلاله فقط. وبالتالى فهى اعمال ليست خطيرة الاثر، فضلا عن ضرورتها بالنسبة لاستغلال الاموال. ومن هنا كان استثناء هذه الاعمال من الاثر الرجعى للبطلان، بحيث تبقى قائمة ونافذة رغم زوال صفة من قام بها ورغم ان زوال الصفة كان بحكم البطلان وباثر رجعى. ومن أهم صور اعمال الادارة ابرام عقود تأجير الاموال، خاصة وان من يملك الادارة لا يملك التأجير الا لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات (م ٥٥٩ من القانون المدنى).

ثالثا– بقاء الرهن الرسمى الصادر من مالك زال سند ملكيته باثر رجعى:

الفرض هنا ان دائنا حصل على رهن رسمى على عقار من مالكه ثم قضى ببطلان سند ملكية الراهن. وكان من مقتضى البطلان واثره الرجعى ان يزول الرهن، حيث صار، ببطلان سند ملكية الراهن، صادرا من غير مالك. غير ان القانون المدنى استثنى من هذا الاثر الرجعى للبطلان حالة الرهن الرسمى، حيث نصت المادة ١٠٣٤ مدنى على ان «يبقى قائماً، لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه او زواله لاى سبب اخر، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه الرهن». مع ملاحظة ان حق الدائن المرتهن فى ابقاء رهنه استنادا الى افتراض حسن النية مقيد بوجوب ان يكون قد قيد هذا الرهن بمأمورية الشهر العقارى المختصة قبل تسجيل صحيفة دعوى الطعن على سند ملكية الراهن

(راجع المواد ١٥ و ١٧[1] من قانون الشهر العقارى).

رابعا- تعارض الاثر الرجعى للبطلان مع قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز :

فقد نصت المادة ٩٧٦ مدنى على ان من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته». ويترتب على هذه القاعدة وقف إعمال الاثر الرجعى للبطلان اذا تبين ان الحائز تلقى الحيازة من شخص كان سند ملكيته للمنقول باطلا، اذ لا يستطيع المالك الاصلى ان يستفيد من الاثر الرجعى للبطلان لاصطدامه بحقوق الحائز حسن النية، التى توافرت له شروط تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى سالفة الذكر.

(١) يلاحظ ايضا ان هاتين المادتين تتجها الى حماية من كسب حقا عينيا على عقار من شخص زال سند ملكيته، بما كان يؤدى الى زوال التصرفات الصادرة عنه. ولكن طبق هنا إعمال قاعدة اسبقية اجراءات الشهر العقارى فنصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على انه «يجب التأشير فى هامش سجلات المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا او صحة او نفاذا، كدعاوى البطلان او الالغاء او الرجوع، فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى ثم نصت المادة ١٧ من ذات القانون على ان «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر طبقا للقانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى او التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقا بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما».

خامسا - تعارض الاثر الرجعى للبطلان مع احكام التقادم الخمسى وفقا للمادة ٩٦٩ من القانون المدنى :

نظمت المادة المذكورة تقادما قصيرا لاكتساب ملكية الحقوق العينية العقارية، فنصت على انه «(١) اذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عينى عقارى وكانت مقترنه بحسن النية ومستنده الى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات». «(٢) ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق». (٣) والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ او صاحبا للحق عليه الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب ان يكون مسجلا طبقا للقانون»«، ومفاد ذلك ان من تتوافر له هذه الشروط لا يمكن ان يسترد منه الحق الذي اكتسبه حتى لو كان سند سلفه قد قضى ببطلانه او بابطاله.

سادسا- تعارض الاثر الرجعى للبطلان مع احكام الصورية التى تحمى الدائنين والخلف الخاص :

العقد الصورى هو عقد لا وجود له حقيقة بين طرفيه، اذ به يتم اخفاء عقد اخر مختلف، وقد تكون الصورية مطلقة اى لا تخفى اى تعاقد اخر.

ومؤدى هذا المعنى أن العقد الصورى لا وجود له قانونا فهو فى حكم العدم، غير ان المشرع، حماية للاوضاع الظاهرة، التى تختلط بحسن النية فى التعامل، رجح مصلحة المتعاملين على اساس العقد الظاهر - رغم صورتيه - واسبغ عليهم حمايته بشرط ان يتوافر لديهم حسن النية. وهو ما نصت عليه

المادة ٢٤٤ مدنى بنصها على انه «(١) اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ان يتمسكوا بالعقد الصورى، كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الطرق صورية العقد الذي اضر بهم». (٢) اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للأولين».

الباب الثانى
آثار العقد الصحيـــح

تقديـــم :

عرضنا فيما سبق لمشكلات بطلان العقد، سواء من حيث احكام البطلان بنوعيه، أو من حيث ما قد يتخلف عن هذا البطلان من مسائل وآثار.

ونعـرض فى هذا الباب للعـقد الصـحيح من حـيث آثاره. وتتمـثل هذه الاثار فيما يترتب على التصرف من الـتزامات تثقل كاهل الطرفين أو احدهما بحسب نوع العقد. وكذلك فيما قد يجريانه على الالتزامات القائمة بينهم من تعديل أو انهـاء.. غير ان الالتزامـات الناشئة عن العقـد تخضع لمبدأ النسـبية، بمعنى ان آثار العـقد، سـواء كانـت حقـوقا ام التـزامات، لا تنصـرف الا الى العاقدين، فهى لا تنصرف الى غيرهما.

وللعقد قـوة ملزمة بين اطرافه، وقد عبـرت الفقرة الاولى من المادة ١٤٨ من القانون المدنى عن هذه الحقيـقة القانونية بقولها «العقد شـريعة المتعاقدين، فـلا يجوز نقـضـه ولا تعـديله الا باتفاق الـطرفين أو للاسبـاب التى يقـررها القانون». ومـعنى ذلك ان العقـد هو فى مقـام القانون بين اطرافـه فى وجوب احترامه وتنفيذه، وهى قاعدة تسـتند، من ناحية، إلي مفهوم اخلاقى ودينى فى وجـوب الوفاء بالعـهـود، وتستـهـدف من ناحيـة اخـرى تحقـيق الاسـتقـرار الاقتصـادى فيما يجرى بين الناس فى مـعاملاتهم، وكذلك تحقيق الاسـتقرار في الاوجه الاخرى التى قد ينصرف اليها العقد. **وأول نتيجة** تترتب على هذه القـوة هى فرض مـقتـضـاها على الطرفين، وهو ما عبـر عنه النص من حظر

تعديل الاتفاق او نقضه الا باتفاقهما. وبالتالى لا يجوز لاى منهما ان ينفرد باحداث شئ من ذلك. ولكن النص يتحفظ «أو للاسباب التى يقررها القانون». وهو ما يجد له تطبيقات عديدة، يجيز فيها المشرع لاحد طرفى العقد انهاءه بارادته المنفرده متجاوزا ارادة الطرف الاخر. ومن امثلة ذلك حق العامل، أو صاحب العمل، فى انهاء عقد العمل غير محدد المدة، مع مراعاة مهلة للاخطار المسبق. وهو تدخل يهدف الى منع تأبيد مثل هذا العقد، طالما ان طرفيه لم يحددا لانتهائه اجلا معينا.

والنتيجة الثانية للقوة الملزمة للعقد تفرض ذاتها على المحكمة حين يرفع اليها نزاع فى شأن تنفيذ اتفاق ما، اذ يجب على القاضى ان ينزل على نصوص العقد ومضمونه، وأن يطبقه كما قصد اليه عاقديه. ولذلك فإن المبدأ هو عدم تدخل القاضى فى تعديل الاتفاق او تغيير شروطه مخالفا ارادة اطرافه، حتى ولو تحت زعم تحقيق العدالة، أو تحت زعم تغير الظروف. ومع ذلك فان هناك حالات تجيز للقاضى ان يتدخل، ولكنها حالات استثنائية تستند الى نصوص تشريعيه محددة. ومن ذلك التدخل ما تنص عليه المادة ١٢٩ من القانون المدنى فى شأن عيب الاستغلال، وكذلك الحال فى شأن تدخل القاضي وفقا لنظرية الظروف الطارئة (م ١٤٧/ ٢ مدنى)، أو فى شأن الشروط التعسفية فى عقود الاذعان (م ١٤٩مدنى). أما فى غير الحالات التى يجيز فيها القانون للقاضى ان يتدخل بالتعديل، فلا يجوز له ذلك، وعليه ان يطبق القوة الملزمة للعقد كاملة.

النتيجة الثالثة تتعلق بمنع تطبيق القانون باثر رجعى. وهو المبدأ التقليدى فى شأن تحديد نطاق سريان القوانين المتعاقبة زمنياً. ويتمثل هذا المبدأ فى عدم

تطبيق القانـون الجديد على العقود التى ابرمت فى ظل قـانون سابق حتى ولو كانت هذه العـقود مازالت جارية التنفـيذ. ومعنى ذلك استمـرار سريان تلك العقود وفـقا للقانون الذى قصد اليـه العاقدان، دون مفاجـأتهم بأحكام قانون جديد لم يكن فى حسبانهم. ومع ذلك فإن التشريعات الحديثة قد تعمد احيانا الى تطبيـق القانون الجديد على الاثار المستحـدثة (أى التى تنشأ بعـد صدور القانون الجديد) للعقـود الجارية ولو كانت مبرمة قبـل العمل بالقانون الجديد، وهو ما يحدث عادة عندما تتعلق احكام القانون الجديد بالنظام العام.

ونعرض بعد هذه المقدمة للمشكلات الـتى يثيرها تحديد آثار العقد. ومن **المشكلات الاولية** التى يثيـرها تحديد آثار العقد مـشكلة الصورية حيث يعـمد اطراف العقـد الى ابرام اتفاق ظاهر يخفى حقـيقة كامنة فـيما بينهمـا. فيكون السؤال حـول تسكين هذا العقـد الصورى[١] ومعـاملته فى ضوء مبـدأ القوة الملزمة للعقد. وتتعلق **المشكلة الثانية** بتحديد **مضمون العقد** وهو ما يثيـر بصفة اساسـية مسـألة تفسـير العقـد لتحديد فـحواه وما اتجـهت اليه ارادة عـاقديه. **والمشكلة الثـالثة** تتـمـثل فى دراسـة حـدود القـوة الملزمـة للعـقـد من حـيث الاشخاص، ودراسـة الحالات التى يجوز فيـها الخروج عن مقتـضى قاعدة ان العقد شـريعة المتعاقدين سواء فى ضـوء نظرية الظـروف الطارئة او فى صدد الشروط التعسفـية فى عقود الاذعان.

---

(١) ونرجئ بحث هذه المشكلة الى حين دراسة أحكام الالتزام.

الفصل الأول
تحديد مضمون العقد: التفسير

يقضى تحديد مضمون العقد قيام القاضى أولا بعملية تفسير الاتفاق وهو حين يقوم بهـذا العمل يبحث عن تحديد الالتـزامات التى ينشئهـا مزيلا بذلك الصعوبات التى قـد تعرقل التنفيذ. وهناك عدد من القواعـد التى تحكم عملية التفسير. ويدخل التفسـير فى إطار سلطة القاضي الموضوعية، دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض، غير ان ذلك مشروط بأن يكون استخلاص نية العـاقدين، من عـبارات الـعقـد، سائغـا ويعـتمـد على اصل ثابت فى أوراق الدعـوى، وان يكون التفـسيـر فى ضـوء ما يسـبغـه على العـقد من تكيـيف صحـيح. وهو فى هذا العمل الاخـير يجـرى حكما قـانونيا يخضـع فى شأنه لرقابة محكمة النقض.

وللتفـسيـر اصول وضـوابط، تختلف بأخـتلاف عبـارات العقـد ومدى الحاجة الى تفسيرها، وتدور هذه الضوابط حول عدة حالات:-

المبحث الأول

حالة وضوح ارادة العاقدين من خلال وضوح عبارات العقد

فى هذه الحالة لا يجوز للقاضى الانحراف عن هذا المضمون الواضح. فى ذلك تنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى على «انه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين». ويعبر بعض الفقه عن هذه الحالة بأنها تعبر عن **وضوح الارادة**. والمقصود ان هناك **وضوحا فى العبارة بما يعكس وضوحا فى الارادة**، وذلك حين تعبر العبارات الواضحة عن النية المشتركة للعاقدين. وهو أمر يؤكد، فى نهاية المطاف، مبدأ سلطان الإرادة. وعلى القاضى أن يستند فيما انتهى اليه من تفسير على ما يسانده من الأوراق. وفى ذلك تذهب محكمة النقض الى أن **العبارات الواضحة تعد تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة، وهو ما يراعى الاستقرار ويحترم مبدأ سلطان الارادة**[١]. **وإذا اخذ القاضى بالعبارات الواضحة فهو غير ملزم ببيان اسباب اخذه بها. غير ان هناك حالات تكون الالفاظ فيها واضحة ولكنها، رغم وضوحها، لا تعكس وضوحا فى الارادة.** فقد يقوم دليل على ان التعبير، رغم وضوح الفاظه، لا يعكس بصدق عن النية المشتركة والإرادة الحقيقية. ويكون السؤال عن تغليب إحدى الإرادتين الظاهرة او الباطنة على الأخرى[٢].

---

(١) نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٨٦ طعن رقم ٤٩ق.

(١) وإذا رأت المحكمة أن تأخذ بغير المعنى الظاهر للعقد بحثا عن مقصود المتعاقدين فعليها أن تبين فى حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر الى خلافه وكيف افادت صيغته المعنى الذى اخذت به ورجحت انه مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان انها اعتمدت فى تأويلها إياه على اعتبارات مقبوله يصح معها استخلاص ما استخلصته منها «فان لم تفعل كان حكمها معيبا بالقصور فى اسبابه : نقض ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد-٥-٣٦. وقضي بان تفسير العبارات فى الاتفاقات والمحررات لتعرف حقيقه المقصد منها من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه، ما لم يكن فى التفسير = =

كان **القانون المدنى القديم** يرجح الاخذ بالإرادة الباطنة حيث جرى نص المادة ١٣٨/ ١٩٩ منه على انه «يجب ان تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر ان المتعاقدين قصدوه، ومهما كان المعنى اللغوى للالفاظ المستعملة فيها مع مراعاة نوع المشارطة والعرف الجارى». وكان مؤدى هذا النص ان القاضى غير مقيد بالعبارات والالفاظ، بل له سلطة «مطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما يراه أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينا فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها. وللمحكمة بهذه السلطة ان تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها الى خلافه بشرط ان تبين فى اسباب حكمها لِمَ عدلت عنه، وكيف افادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت به ورجحت انه هو مقصود العاقدين بحيث يتضح من هذا البيان انها قد اخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها. فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الاسباب الكافية التى يجب قانونا ان ينبنى عليها»(١).

ومعنى ذلك أن على القاضى ان يستعين بكافة الظروف والشواهد ليبين حقيقة نية المتعاقدين- حين يثور بينهما نزاع في هذا الخصوص - رغم عبارات العقد ولو كانت واضحة، وهو فى قيامه بهذا العمل لا يتقيد بقرينه دون اخرى. بل له أن يستعين بكافة ملابسات العقد مثل تقريب بنوده بعضها من البعض، وما سبق التعاقد من مفاوضات او مراسلات عبرت عن مقصد كل طرف، وبالجملة ان يسلك اى طريق يراه(٢) مناسبا وسائغا قانونا.

== خروج عما تحتمله عبارات الاتفاق او تشويه لحقيقه معناها. ولئن كان للمحكمة بهذه السلطة المخولة لها ان تعدل عن المعنى الظاهر لصيغ المحررات، الا انه يتعين عليها في هذه الحالة ان تبين فى حكمها الاسباب التى اقتضتها القول بأن المعنى الذي اخذت به هو المقصود باعتبارات مقبوله مؤدية اليه عقلا: نقض ٦ يونيو ١٩٤٠ ملحق القانون والاقتصاد ١٠-١٩٤.

(١) نقض ١٠ مارس ١٩٣٢ مجموعة النقض جزء ١- ص ٨٣.

(٢) مثلا: نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة النقض جزء ٣ ص ٣٩٣، راجع الاحكام الوفيرة التى اشار اليها محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ١٦٣.

أما فى القانون المدى الحالى فقد نصت المادة ١٥٠ على أنه «إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة العاقدين». وفى هذا الاتجاه تقرر المذكرة الايضاحية أنه «لا ريب ان ارادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتبه التعاقد من اثار. بيد ان هذه الارادة وهى ذاتية بطبيعتها، ولا يمكن استخلاصها الا بوسائل مادية أو موضوعية هى عبارة العقد ذاتها، فاذا كانت هذه العبارة واضحة لزم ان تعد تعبيرا صادقا عن ارادة العاقدين حقيقة، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصا بالغا بمراعاتها»[١]. والحقيقة أن هذا الحرص على تأكيد الاخذ بالعبارات الواضحة هو امر بديهى، إذ الغرض هو التطابق بين الحقيقة الباطنة وما تم التعبير به عنها. والتعبير اللفظى هو الوسيلة الطبيعية للتعرف على تلك الحقيقة. وهو مبدأ يحرص على الاستقرار وقد أكدته محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها حين قضت بأن الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد هو مسخ له[٢] فلا يجوز للقاضى ان يخصص بندا عاما بغير سند، وأن يحمل عبارات العقد بما لا تحتمله الفاظها[٣].

غير أن الحرص على الالتزام بحرفيه العبارات الواردة فى العقد ليس مبدأ مطلقا، فقد يتنازع الطرفان فى شأن تحديد القصد المشترك بما يختلف مع المعنى المستفاد من ظاهر العبارات الواضحة، ويكون لهذا الخلاف سند جدى من ظروف التعامل وملابساته. ومن ذلك مثلا ما عرف فى المعاملات الحديثة من تضمين بعض العقود بعض الشروط النموذجية المطبوعة، والتى قد يصبح

---

(١) مجموعة الاعمال التحضرية ، جزء ٢، ص ٣٩٦.

(١) نقض أول فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٣ ص ١٤٨.

(٢) نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض س ٢١ ص ٥١٣.

ادراجها روتينيا لا يلفت نظر احد المتعاقدين Clauses de style أو Clauses imprimes . ثم يثور فى شأن الالتزام بها نزاع جاد من جانب احد الطرفين باعتبار أنها لا تعبر عن النية المشتركة كما تفصح عنه ظروف التعاقد.

يذهب الفقه المصرى فى مجمله[1] إلى أن المادة ١٥٠ مدنى لا تحول دون اعطاء القاضى سلطة فى تفسير العبارات الواضحة بما يمكنه من الخروج فى التفسير عن معناها اللفظى او الواضح. وذلك حين يظهر له من الأدلة والملابسات ما يحمل هذه العبارات الى معنى آخر غير ما يستفاد من الفاظها. والحقيقة، فى هذه الحالة، هى أن القاضى يبحث عن المعنى الاكثر اتفاقا مع الارادة المشتركة للطرفين، فيحمل الالفاظ على غير ما تنبئ به مباشرة. ومن ذلك انه يجوز للقاضى ان يعتد بعبارة معينة، أو أن يأخذ بمجموع ما تفيده عدة عبارات فى مجموعها باعتبارها وحدة متماسكة، وصولا الى استظهار ما اراده المتعاقد واتجهت اليه نيته[2]... **ذلك أن المقصود بعدم جواز الانحراف عن العبارة الواضحة هو وضوح الارادة وليس وضوح اللفظ.** فقد تتسم كل عبارة بالوضوح فى ذاتها، ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يَغُمُّ المعنى المستخلص منها، فلا يجوز للمحكمة وهى تعالج فيما بينها ان تعتبر بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها، بل يجب عليها ان تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها[3]. غير ان على القاضى، اذا عدل عن المدلول الظاهر لعبارات

---

(١) راجع: السنهورى السابق، رقم ٣٩١، عبد المنعم فرج الصده، السابق، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق رقم ٢٦٤، سلمان مرقص، السابق، رقم ٢٥٨، مجمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ١٦٣.

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧، ص ٣٧، ٢٠ يناير سنة ١٩٨٣ طعن رقم ٥٩٣ س ٥٢ق.

(٣) نقض ٢٨/ ١/ ١٩٨٢ طعن ١٣٢٧ س ٤٨ق.

العقد الى مدلول اخر، ان يبين الاسباب الداعية الى ذلك ولماذا عدل عن المعنى الظاهر الى غيره، وكيف افادت تلك العبارات المعنى الذى اقتنع به ورجح لديه مقصود العاقدين، بحيث تستطيع محكمة النقض ان تراقب هذا الاستخلاص وانه اعتمد على اعتبارات معقوله يجوز معها استخلاص ما توصلت اليه المحكمة[١]. وحاصل هذا المعنى الاخير ان محكمة الموضوع اذا اخذت بالمعنى الظاهر من العبارات فهى غير ملزمة بالتسبيب، لأن هذا هو الاصل العام، وقد التزمت فيه المحكمة صحيح حكم القانون. أما إذا حرفت المحكمة اللفظ عن معناه الظاهر الى غيره فقد لزمها أن تبين الاسباب التى دفعتها الى ذلك.

(١) نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد -٥- ص ٢٠٦.

المبحث الثانى

تفسير العبارات الغامضة أو المبهمة

فى حالة الغموض والإبهام يكون التفسير أكثر اهمية ودقة، اذ يجب على القاضي ان ينتهى الى توضيح وتفسير المعنى وصولا الى ما قصده العاقدان حقيقة. وقد نصت المادة ١٥٠ مدنى فى فقرتها الثانية على أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث **عن النية المشتركة للمتعاقدين** دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات»[1].

ويحدد هذا النص هدفا لتفسير العبارات الغامضة، ثم يضع بعض ضوابط التفسير. أما الهدف، فهو البحث عن النية المشتركة للعاقدين، ومعنى ذلك الا يقف القاضى عند مجرد إرادة احد طرفى التصرف دون ارادة الطرف الاخر، بل لا يجوز للقاضى، وهو يقوم بالتفسير، أن يبحث فى نية كل منهما على حده، بل الواجب هو البحث عن **النية المشتركة** لهما، أى ان يستجلي ما قصدا الى تحقيقه معاً.

ويلاحظ أن الغموض فى عبارات العقد قد يتخذ **صورا** شتى. من ذلك **غموض الالفاظ،** بما يعنى احتمال الالفاظ لاكثر من معنى تتعارض فى شأنها مصالح الطرفين. وكذلك **التناقض** حيث تتعارض المعانى بين بعض بنود العقد وبعضها الاخر. أيضا قد يفوت على المتعاقدين تنظيم بعض المسائل

---

(١) يلاحظ أن هذه الوسائل لم ترد على سبيل الحصر، اذ يجوز الاستهداء بوسائل اخرى ومن ذلك ما قضي به من إنه اذا كانت المحكمة حين قررت ان العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافا لظاهره قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة الى القرض لا الى البيع، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق التى اجرته فى الدعوى والقرائن الاخرى التى أوردتها استخلاصا لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها، فيتعين رفض هذا الطعن. «نقض ٣ أبريل ١٩٤٧ مجموعة القواعد -٥- ٣٩٠.

فيكملها القاضى بالقواعد المكملة فى القانون المدنى. وقد تجئ بعض هذه القواعد متعارضة مع بعض بنود الاتفاق. وفى كل هذه المسائل يحتاج الامر الى تفسير.

أما ضوابط التفسير فتتمثل فيما اورده النص من الاستعانة بطبيعة المعاملة، ما ينبغى أن يتوافر بين العاقدين من **امانه وثقة،** ثم الاستعانة **بالعرف** الجارى فى المعاملات. غير ان هذه الضوابط لم ترد على سبيل الحصر انما باعتبارها العوامل الغالبة فى تفسير العقود. ولذلك فاننا نضيف الموجهات التى وردت في القانون الفرنسى فى المادة ١١٥٧ وما بعدها من القانون المدنى.

ونستطيع أن نجمل أهم وسائل تفسير النص المعيب فى القواعد الآتية:-

القاعدة الأولي - عدم الالتزام بحرفية الالفاظ:

اذ يجب ان نغلب المعنى على المبنى، أي المضمون على الحرفية. وهو ما عبرت عنه صراحة المادة ١٥٠/٢٠ مدنى صراحة بقولها «**دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ**». وعدم الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ هو نتيجة منطقية للحاجة للتفسير بسبب غموض لابس العقد. وبالتالى على القاضى الا يتوقف كثيرا عند الصياغة الحرفية، وهو ما يبدو لازما ومنطقيا حين يكون أطراف التعاقد قد قاموا بصياغته دون خلفية أو ثقافة قانونية كافية، وبالتالى قد يستخدمون الفاظا دون ادراك لحقيقة معناها القانونى. وهنا يبدو لازما البحث عن النية المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفى. وهذا الاسلوب هو أخذ بالارادة الحقيقية دون الارادة الظاهرة (وهو عكس الحال فى القانون الالمانى مثلا الذى يغلب الظاهر على المضمون). وحاصل ذلك ان القانون المصرى يأخذ- فى هذه القاعدة المعروضة - بتغليب ما وقر في نية المتعاقدين، أى المضمون، على ما نطق به اللسان. فقد تكون «العبارة واضحة ولكن الظروف تدل على ان المتعاقدين اساءا استخدام التعبير الواضح فقصدامعنى

وعبـرا عنه بلفظ لا يسـتقيـم له هذا المعنى، بل هو واضح في معـنى آخر[١].
ومن الامثلة العملية[٢] على هذه الحالة ان يوصف عقد بأنه يتعلق بحق انتفاع، او أنه عارية استـعمال، فى حين ان حقيقـة المقصد المشترك ينصـرف إلى عقد ايجار.

القاعدة الثانية : الاسترشاد بطبيعة المعاملة :

قد يتـضمن العـقـد عبـارات تتعـارض فيـما بينهـا فى المعنى، ولا يكون واضحـا مقصـد الطرفين المشتـرك منها. وفى هذه الحـالة يستعـين القاضى فى التفسير بطبيعة المعاملة، بمعنى ان يفسر هذه العبارات بما يتفق مع طبيعة العقد. ذلك ان الاقرب الى المعقول والقانون ان يظل العقـد محكوما بقواعده العامة، ما لم ينص صراحـة فى جزئية من جزئيـاته على استبعاد تـلك القواعد. ومن ذلك:

١ - اذا اتفق فى عقد عارية الاستعمـال على أن يرد المستعير الشئ أو مثله فلا يـفسر ذلك عـلى ان المتعـاقدين ارادا عاريـة استهـلاك، بل يفسـر على ان المقـصـود هو الزام المسـتـعـيـر فى حـالة الهـلاك برد مـثـل الشئ لا بأن يدفع تعويضا[٣]. لان رد المثل هو الذى يتفق مع طبيعة عقد عارية الاستعمال.

٢ - وفى عقـد التخارج بين الورثة، اذا تخـارج احـد الورثة عـن نصيبـه في التركـة، وجب تفسـير هذا التنازل عن انه يشـمل جمـيع حقوقـه في تلك

---

(١) وفى ذلك يقال ان العبرة فـي العقود للمقاصد والمعاني، لا للالفـاظ والمبانى. مع ملاحظة انه لا محل للـتأويل الا اذا كان اللفـظ يحتمل اكـثر من مـعنى، وبالتالي لا يجـوز تأويل اللفظ الصريح الذى لا يحتمل تأويلا.

(٢) قضاء ادارى ٣٠/٦/١٩٥٧، مجموعة القضاء الادارى، س ١١ ص ٦٠٧.

(٣) السنهورى السابق رقم ٣٩٦ اسماعيل غانم، السابق، رقم ١٥٢.

التركة حتى ولو كان بعض هذه الحقوق مجهلا، ولكنه لا يشمل حقوقه في تركه أخرى[1].

القاعدة الثالثة - إعمال الكلام خير من اهماله :

قد يتضمن العقد بعض العبارات التى تحتمل معان عدة، فاذا كان بعض هذه المعان لا ينتج اثرا، في التعاقد بين الطرفين، فانه يتعين استبعاد هذا المعنى غير المنتج. ومعنى ذلك وجوب حمل العبارات العقدية على المعنى الجاد وليس على محمل اللغو في الكلام. ذلك ان المتعاقد العاقل حين يضع بندا انما يقصد به معنى واثرا. فاذا اتفق طرفان فى عقد بيع على ان يتحمل المشترى الارتفاقات، التى تثقل العقار المبيع، وجب فهم المعنى على انه يشمل الارتفاقات الخفية، لأنه لو فهم هذا البند على انه مقصور على الارتفاقات الظاهرة فإنه يكون بغير معنى أو اثر، حيث ان هذه الارتفاقات لا يضمنها البائع عملا بالمادة ٤٤٥/ ٢ من القانون المدنى. واتفاقا مع هذا المعنى السابق فانه اذا تراوح فهم بند فى العقد بين معنى يتفق مع كونه عقدا صحيحا، ومعنى آخر يؤدى الى بطلانه، وجب ترجيح المعنى الاول واستبعادالمعنى الثانى. وهو ما يعبر عن بالمثل اللاتينى Potius ut valeat ut pereat . ومن قبيل ذلك ان يوجد شرط، فى عقد ما، يؤدى الى بطلانه لو حمل على انه عقد شركة، كما لو تضمن شرط الاسد، فى حين انه لو فهم على انه عقد ايجار لكان صحيحا. في هذه الحالة يحمل المعنى على ان النية المشتركة قد انصرفت الى عقد صحيح هو عقد الايجار. وكذلك الحال لو ان شخصا سلم آخر ارضا كضمان لدين فى ذمته واشترط الدائن الاستيلاء على ريع الارض

---

(١) السنهورى، السابق، وراجع نقض ٢٢ يونيو سنة ١٩٩٢ مجموعة احكام النقض - ٢-٧٤٥ فى ان عدول القاضي عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات شرطه بيان سبب هذا العدول وكيفية افاده المعنى الذى أخذ به الحكم ورجح انه مقصود المتعاقدين.

في مقابل فوائد الدين، كما اشترط الا ترد الارض الى مالكها المدين الا عند سداد الدين. في هذه الحالة يجب ان تفهم شروط العقد على انه ينشئ رهنا حيازيا، ولا يجوز بالتالى ان يستولى الدائن من الريع على ما يجاوز الحد الاقصى للفوائد الاتفاقية، لانه بغير هذا التفسير يضحى العقد مخالفا للقانون[١].

القاعدة الرابعة : تفسير بنود العقد بعضها فى ضوء البعض الآخر:

ومعنى ذلك أن البند الغامض يفسر فى ضوء بقية بنود العقد، كذلك يفسر البند العام أو المطلق. وفى ذلك قضي بأن من العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضي ان تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، بمعنى انه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل، هو العقد. فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقه. وقد تقرر العبارة اصلا يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت في موضع اخر»[٢]. ومن قبيل ذلك ان يتضمن عقد البيع بندا ينص على ان العقار المبيع قد بيع خاليا من كل ارتفاق.. ثم تضمن ذات العقد وفى بند لاحق، انّ البائع لا يضمن سوى افعاله الشخصية. وفي هذه الحالة يتعين فهم البندين معا بما مفاده ان البند التالى خَصَّصَ عُمُومَ البند الاول وقَيَّدَهُ على نحو يفيد ان البائع لا يقصد سوى ضمان خلو المبيع من الارتفاقات التى لا يعلمها، مما يكون قد رتبها اسلافه. وقد اكدت محكمة النقض على هذا الاسلوب حين قضت بأنه «لايجوز للمحكمة، وهى تعالج تفسير المحررات، ان تعتد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر- بل يجب

---

(١) راجع السنهورى، السابق.

(٢) محكمة القضاء الادارى ٣٠/٦/١٩٥٧، السابق الاشارة اليه.

عليهـا ان تأخذ بما تفيده العـبارات باكملها وفى مـجموعها. فـاذا كان الحكم المطعون فـيه قد وقف عند الشق الاول مـن العبارة الواردة في مـذكرة الطاعن وفسـرها بما فسرها به دون اعـتبار لما يكملهـا من عبارات تفـصح عن معناها، وحقيقة القصد منها، فانه يكون قد خـالف قواعد التفسير، وفسر العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخاً لها»[١].

غير ان القاضى قـد يجد تعارضا واضحا بين بنديـن في عقد واحد، وفي هذه الحالة يجب علـى المحكمة ان تحاول التـوفيق بين العبـارتين اذا كان ذلك ممكنا، فان تعـذر التوفيـق وجب تغليب العبارة او البند الـذي يتفق مع طبيـعة العقد ومع النية المشتركة للمتعاقدين.

ويلاحظ أخيرا أن البند الخاص قد لا يقيد البند العام فى جميع الحالات. فقـد يستظهـر القاضى ان ذكـر امر فى العـقد على وجـه الخصـوص لا يعنى الحصر أو التـقييد، انما يعنى اعطاء هذا الامـر اهمية خاصـة فقط، أى ان ذكره قد ورد على سبيل المثال لا الحصـر. ومن هذا القبيل ان يرد فى عقد بيع ارض بند يتعلق بأن المـواشى ضمن توابع الارض المبيـعة، فان هذا التـحديد لا يعنى بالضرورة استـبعاد التوابع والملحقات الاخـرى مثل زرائب المواشى والمخازن والات الرى.. الخ[٢].

---

(١) نقض ١٠ مـارس ١٩٦٣ مـجـمـوعـة أحكام النـقض، س ١٧ ص ٥٧٠، و ٩ يونيـو سنة ١٩٦٦ مـجـموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٣٥٠، و ٧ مـايو سنة ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٨٠٨.

(٢) راجع السنهورى، السابق.

القاعدة الخامسة : تفسير العقد وفقا لمقتضي حسن النية والامانة الواجبة فى التعامل :

يعد حسن النية. وكذلك الامانة، فى تنفيذ العقود مبدأ اساسيا في الوقت الحاضر. وهو ما يقتضى الالتزام بهذه المعانـى عند تفسير العبارات الغامضة أو المتعـارضة فى الاتفاقات المخـتلفة. وبالتالى فإن على المحكمة ان ترفض كل تفسير يبنى على سوء النية أو الرغـبة فى التضليل أو الغش، وأن تأخذ بما تمليه الثقة المشـروعة، والمفترضة في المعـاملات. ولا يوجد لمبدأ حـسن النية تعريف محدد، انما يتوقف الامر على الظروف والملابسات التى تثور فـيها مسألة تنفيذ العقد ومسألة تفسيره. غـاية الامر ان مبدأ حسن النية يؤول فى نهاية الامر الى حسن تطبيق القانون متمثلا فى حسن تفسير العقود. ويقرر البعض، اتساقا مع ما سلف ذكره، أن مبـدأ حسن النية هو احد الوسائل التى يستخـدمها المشرع، وتستـخدمهـا المحاكم، لكي تدخل بهـا العوامل الاخلاقـية الى عـالم القانون الوضعى[١].

ومن قبـيل الالتزام بحسن النيـة، ان من وجه اليه ايجـاب تضمن خطأ أو غموضا فى الصياغة، وكـان على علم بذلك، أو على الاقل كان فى استطاعته ان يتبينه، فان الامانة وحسن النية فى التعامل تقتـضى الا يستغل هذا الخطأ أو الابهام[٢].

القاعدة السابعة : تفسير العبارات وفقا لما يقتضيه عرف التعامل:

وهو ما اشارت اليه المادة ٢/١٥٠، مدنى ضمن وسائل التفسير الاخرى. ويحـتل العرف مكانـة واضحـة فى بعض صور المعـامـلات خاصـة في نطاق

---

(١) راجع : ريبير Ripert ، القاعدة الاخلاقية في الالتزامات، رقم ١٥٧.

(٢) السنهورى، السابق.

المعاملات التجارية. فهو يفسر ما يكـون مبهما من عبارات العقد، بل انه ايضا يكمل النقص فى المسائل التى يسكت المتعاقـدان عن تنظيمها. وفي هذه الحالة الاخيـرة يقف العرف الى جانب القـواعد المكملة ، الواردة في القـانون، لسد ثغرة القصور فى العقود. ويلاحظ ان تكمله العقد هى صورة من صور تفسير الارادة المشتركة للعاقدين.

ولكن القـاضى لا يرجع الـى العـرف إلا إذا لم يجـد فى القـانون نصـاً يحكم العقد أو يكمل مـا فيه من نقض، وكانت نصوص العقـد لا تسعفه في استظهار مقصد المتعاقدين ، او كانت بنوده مبهمة فى هذا الخصوص. وبالتالى فلا يجوز النعى على الحكم أمام محكمة النقـض اذا كان قد حَصَّلَ من فهمه للواقع تحصيلا سائـغا ان المتعاقدين قد قصدا من اتفاقـهما ان يكون الاحتكام فيمـا يختلفان فيه الى ما نص عليـه في العقد، وكان التعـاقد جليا فى ذلك لا لبس فيـه، وليس فيه مـساس بالنظام العام، ثم اجـرت حكمها بمقـتضي ذلك على النزاع القـائم بين طرفى العـقد، فـلا غبـار على قـضائهـا ولا سبـيل الى مـحكـمـة النقض عليـهـا فـيـه». (نـقض ٢٨ مـارس ١٩٤٠ مـجـمـوعـة القواعـد-٣-١٤١).

القاعدة السادسة : تفسير الشك لمصلحة المدين مع استثناء عقود الاذعان:

نصت المادة ١٥٠/ ١ من القانون المدنى على ان «**يفسر الشك فى مصلحة المدين**» ثم اضـافت فى فقـرتها الثـانيـة «ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفـسيـر العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

وتضع الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ مدنى المبدأ العام فى وجوب تفـسير الشك لمصلحـة المديـن. ويقـوم هذا المبـدأ على اسـاس ان المدين هو المُحَـمَّل بعبء الالتزام، والاصـل فى الانسان براءة الذمة، ومـخالفـة الاصل لا يجوز

التوسع فيها. ومن ناحية اخرى، فان الدائن هو المكلف باثبات حقه، فان قام شك فى حدود هذا الحق وعجز عن اثبات ما يزيل هذا الشك بقى الحال لمصلحة المدين. ومن ناحية ثالثة فان الدائن، وهو الذي يملى عادة صيغة الالتزام، عليه ان يتحمل مغبة ما قد يشوبه من شك[1]. وقد سبق ان الحنا الى كل ذلك فى مقدمة هذا الكتاب.

ومن تطبيقات هذه القاعدة السابقة انه إذا قام شك حول استحقاق فوائد الدين وجب ترجيح عدم استحقاقها، واذا قام شك حول مبدأ استحقاق التعويض الاتفاقى، وهل هو عن التأخير ام عن عدم التنفيذ، وجب ترجيح المعنى الاخير... الخ.

أما الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى فقد اوردت استثناء هاما على المبدأ السابق، والاستثناء يقرر ان الشك في عقود الاذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن. ومعنى ذلك ان الشك يفسر لمصلحة المذعن حتى ولو كان دائنا.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٣٩٩. وقد قضى فى المعنى المشار اليه فى المتن أنه اذا أراد المتعاقدان مخالفة القواعد المكملة فى عقد البيع بأن ارادا تشديد الضمان- ان يبينا في العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون، أما إشتمال العقد على ما قرره القانون، بعبارات عامة، فانه لا يدل على ان البائع تعهد بضمان اشد مما فرضه القانون، ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه، لانه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة المتعهد». نقض ٣ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد -١-٧٦. ويلاحظ ايضا انه اذا قام شك فى صحة الشرط او بطلانه وجب تفسيره على الوجه الذى يؤدى بقدر الامكان الى صحته لا الى بطلانه.

الفصــل الثانــى

حدود القوة الملزمة للعقد من حيث الاشخاص

يخضع العـقد لقـاعدة أساسـية مؤداها نسـبية اثره بالـنسبة للاشـخاص. ومعنى ذلك ان العـقد الصحيح هو شـريعة المتعاقـدين، حيث يلزما بتنفـيذ ما ورد به. ولكنه، أي العقد، لا يتعدى في اثاره حدود طرفـيه، فهو لا ينشئ حقا لغيرهمـا، ولا يحمل غيرهما بأى التـزام، وهذا القول هو حصيلة مبدأ نسـبية اثر العقد.

غيـر ان فهم هذا المبـدأ يقتـضى قدراً من التـفصـيل، حيث يتعـين تحديد المتعاقدين وتحديد من هو «الغير».

المبحث الأول

اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

كلمـة : «**المتعاقدان**»، لا يقتـصر مـفهومـها على من قـاما بالتوقـيع على العقـد، بل يتجـاوز هذا المعنى الضيق الى مـعنى أوسع يشمل من يمثـلانها في العقد. والمتـعاقد يمثل خلفه العام، كمـا يمثل، في حدود بعض الشروط الخلف الخاص. وعلي هذا النحـو فإن مبدأ النسـبية لا يحول دون التـزام الخلف العام بما التزم به سلفه، كما لا يحول، في بعض الحالات، دون التزام الخلف الخاص بما التزم به من تلقي عنه حقه. وفي حدود انصراف اثر العقد الى الخلف العام والخلف الخاص فإن كل منهما لا يعتبر من الغير[١].

١ - انصراف اثر العقد الى الخلف العام :

الخلف العام هو مـن يخلف سلفه في كل امواله، أو فـى جزء منها يعـبر عنه بكسـر حسابى، كـالثلث أو الربع مـثلا. وبالتـالى فهـو يشـمل الوارث

(١) راجع : محسن البيه، مصادر الالتـزام، رقم ٢٩٨. يلاحظ انه لا يشترط لانصراف اثر العقد الى الخلف العام أن يكون له تاريخ ثابت.

والموصى له بحصة فى التركة.

وقد نصت المادة ١٤٥ من القانون المدنى على أن «ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة المعاملة أو من نص القانون أن هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام».

ويضع هذا النص المبدأ، ثم يبين حدوده.

والمبدأ أن ما يترتب على العقد من حقوق ينتقل الى الورثة بعد موت مورثهم. أما ما يترتب من التزامات فإنها تخضع لقاعدة شرعية تقرر الا تركة الا بعد سداد الديون، ومعنى ذلك أن الورثة لا يلتزمون بديون المورث فى ذمتهم الشخصية، بل فى حدود ما آل اليهم من التركة.

أما حدود المبدأ فقد أوردتها المادة ١٤٥ سالفة الذكر وتتمثل فى:

١ - عدم انصراف اثر العقد الى الخلف العام بناء **على الاتفاق**. إذ يجوز مثل هذا الاتفاق ما دام لا يتعارض مع النظام العام او الآداب العامة. ومن ذلك الاتفاق على تأجيل الوفاء بالثمن فى عقد البيع مع اشتراط عدم انتقال هذه الميزة الى الورثة.

٢ - إذا حالت دون الانتقال طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد. ومن ذلك أن طبيعة حق الانتفاع تمنع انتقاله الى الورثة حيث ينقضى قانونا بوفاة صاحب حق الانتفاع. وكذلك الايراد المرتب مدى الحياه لا ينتقل الى الورثة بحكم طبيعته المادية والقانونية، وكذلك الحال فى كل عقد يبرم مع شخص لاعتبار شخصى فيه، كالتعاقد مع محام معين أو طبيب مشهور..الخ.

٣ - إذا وجد نص قانونى يمنع الانتقال الى الخلف العام. ومن هذا القبيل نص المادة ٥٢١ مدنى التى تقرر انقضاء الشركة بموت احد الشركاء، وكذلك المادة ٦٢٦ التى تقرر انقضاء عقد المزارعة بموت الزارع، والمادة ٧١٤ التى تقرر انقضاء الوكالة بموت الوكيل او الموكل.

٤ - الاخلال بقواعد الميراث: يعتبر الوارث، وهو خلف عام، من الغير أحيانا، وذلك حماية له من أن تنصرف اليه اثار تصرفات مورثه التى تضر بمصالحه. فوصية المورث لا تنفذ فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث. وكذلك ما نصت عليه المادة ٩١٦ مدنى من اعتبار التصرف الذى يصدر من المريض مرض الموت أنه صدر على سبيل التبرع ويأخذ، بالتالى، حكم الوصية، سواء كان التصرف لوارث أو لغير وارث.

انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يخلف الشخص فى عين معينة أو فى حق عينى عليها. ومثاله المشترى والموصى له بعين محددة فى التركة. ومن تقرر له حق انتفاع. وقد نصت المادة ١٤٦ مدنى على انه «اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الحق اليه».

ويشترط ابتداء، للحديث عن انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص، ان يكون هذا العقد قد ابرم، من ناحية، فى شأن الشئ الذي انتقل الى الخلف

(١) راجع : محسن البيه، السابق، رقم ٣٠٨، نبيل سعد، مصادر الالتزام ١٩٩١، ص ٢٦٢، ولذلك فإن الوارث لا يتعبر قائما مقام مورثه فى صدد حجية التصرف الذي صدر منه لاحد الورثة الا في حالة خلو هذا التصرف من كل طعن، فإذا كان التصرف يمس حق الوارث في التركة عن طريق الغش والتدليس والتحايل على قواعد الميراث، فان الوارث لا يكون ممثلا لمورثه، بل يعتبر من الغير، ويجوز له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة طرق الاثبات. وراجع المادة ٩١٧ مدنى.

الخاص. فاذا كان فى شأن شئ اخر فلا محل للاستخلاف. ومن ناحية ثانية يجب أن يكون العقد سابقا على انتقال الشئ للخلف الخاص، وتثبت هذه الاسبقية بثبوت تاريخ العقد[١]. ومفاد ذلك انه لا وجه للاستخلاف بالمعنى المذكور اذا استند الخلف فى ملكيته للشئ الى سبب آخر غير التلقى. وبالتالى «فاذا كان الطاعن يركن فى اثبات ملكيته للمخبز باعتباره محلا تجاريا الى عقد شرائه له من مالكه السابق، وهو بهذا الوصف مستقل فى ملكيته عن العقار الذى اشترته المورثة فى تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجارى ومن ثم فان عقد شراء المورثة للعقار الذي يقع به المحل التجارى لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند في اثبات ملكيته إلى سبب آخر (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض، س ٢٦-١٤٢٢).

يضاف الى هذه التحديدات السابقة ما ورد فى نص المادة ١٤٦ مدنى من ضوابط وشروط لانتقال اثر العقد الى الخلف الخاص. وقد عبرت المادة المذكورة عن هذه الشروط بقولها «إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه» وبالتالى تتمثل هذه الشروط فى شرطين اساسيين:

---

(١) عرفت محكمة النقض الخلف الخاص بأنه من يتلقى عن سلفه شيئا سواء كان هذا الشذ حقا عينيا على هذا الشئ. أما من يترتب له ابتداء حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفا خاصه له بل يكون دائنا- فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له، انما خلف المستأجر الاصلى هو المتنازل له عن الايجار «نقض ٢ يناير سنة ١٩٧٨ طعن رقم ٥ س ٤٤ق). وبالتالى يقوم الاستخلاف فى حالة قيام شركة بشراء الذمة المالية لشركة اخرى بكامل عناصرها، وكذلك الحال فى حالة اندماج شركة فى شركة اخرى (نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨ ص ٤٥٤ و ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣- ١٢٨٥).

الشرط الأول – أن تكون الحقوق من مستلزمات الشئ :

وتعتبر الحقوق كذلك إذا كانت مكملة للشئ أو محددة له[١].

والحقوق المكملة للشئ هى : ١- الحقوق العينية التى يكون السلف قد رتبها لمصلحة الشئ، كما لو كان قد رتب للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار مجاور. ٢- الحق الذى يكون تأمينا للشئ، ففى حوالة الحق تنتقل الى المحال اليه، باعتباره خلفا خاصا، التأمينات الشخصية والعينية. ٣- واخيرا تنتقل مع الشئ الحقوق الشخصية التى تؤمنه ضد المخاطر، كما فى حالة التأمين على المنزل المبيع، اذ تنتقل معه حقوق البائع قبل شركة التأمين، فضلا عن التزام البائع بدفع ما يستجد من اقساط، كما ينتقل مع الشئ الدعاوى التى تحميه، كدعاوى الضمان، ودعاوى عدم المنافسة (فى حالة بيع المتجر).

فاذا تخلفت المواصفات السالف ذكرها فى الحق الوارد على الشئ فإن اثره لا ينصرف الى الخلف الخاص.

أما الالتزامات المحددة للشئ، فهى ما تتمثل فى التزامات تثقل الشئ وتحدد نطاق الحقوق الواردة عليه. ومن ذلك : ١- الارتفاقات المقررة على الشئ، إذا كانت قد اشهرت وفقا للقانون. ٢- الالتزامات التى تقيد من سلطة استعمال حق الملكية. كالالتزام بعدم تعلية البناء على الارض المبيعة بعد حد معين، والالتزام بصورة معينة من صور الاستعمال واستبعاد صور اخرى. ٣- القيود التى تحدد بعض أوجه التعويض عن استعمال السلف لشئ مجاور. كأن تشترط شركة للمعادن على مشترى أرض منها ألا يرجع عليها بتعويض عما قد يصيبه من اضرار نتيجة مباشرة نشاطها. وفى غير هذه الحالات لا تنتقل الالتزامات إلى الخلف الخاص ولو تعلقت على نحو أو آخر بالشئ.

---

(١) راجع : نزيه المهدى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ١٨٥ وما بعدها.

الشرط الثاني : أن يعلم الخلف الخاص بما يرد على الشئ من التزامات وما يتمتع به حقوقه :

وتظهر أهمية هذا الشرط على نحو خاص بالنسبة للالتزامات التى تحدد الشئ، اذ فى حالتها يثور النزاع من جانب الخلف الخاص مدعيا عدم العلم وبالتالى عدم النفاذ في حقه. ولهذا السبب كان الشرط على قدر من الاهمية، وكان من مقتضاه ان يكون العلم يقينياً، ولا يكفي استطاعة العلم. واذا كان الالتزام المحدد يتعلق بحق عينى واجب الشهر، فإن الشهر يغنى عن العلم الفعلى. أما بالنسبة لانتقال الحقوق فيكفى فيها العلم ولو جاء متأخرا عن وقت انتقال الشئ الى الخلف. غير ان الخلف إذا تمسك بالحق جاز للمتعاقد الاخر ان يطالبه بالحقوق المقابلة، والا تمسك بالفسخ وفقا لمنطق العقود الملزمة للجانبين.

المبحث الثاني
أثر العقد بالنسبة للغير

الغير هو من لم يكن طرفا فى العقد أو ممثلا فيه، أى غير العاقدين وخلفهما العام والخاص في الحدود السابقة، ولكن مع ملاحظة أن الخلف العام قد يعامل معاملة الغير حين يقصد القانون الى حمايته ضد تصرفات مورثه. وكذلك فان الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات سلفه إذا كانت لاحقة على التصرف أو كان موضوع التصرف لا يكمل الشئ ولا يحدده.

يبقى بعد ذلك **الغير الذى لا شأن له بكل ما سبق ذكره**، وهو الشخص الاجنبى عن العقد تماما. وهذا الغير لا يسرى فى حقه العقد، وبالتالى لا يكتسب منه حقا، ولا يتحمل بالتزام ناتج عنه[1]. وقد نصت على هذا المبدأ

---

(١) فيما عدا الحالات الاستثنائية البحتة التى تفرزها الاوضاع الظاهرة وقد سبق ذكرها فى مواضع سابقة فى هذا الكتاب.

المنطقى المادة ١٥٢ مدنى حين قررت «لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير». غير ان هذه المادة اضافت ما قد يوحى بتغيير فى قاعدة نسبية اثر العقد حين اضافت «ولكن يجوز ان يكسبه (أى العقد) حقا». وهذا النص بشقيه يثير مسألتين : الأولى هى مسألة التعهد عن الغير، والثانية هى مسألة الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الاول

التعهد عن الغير

التعهد عن الغير حالة يتعهد فيها أحد الاشخاص بالحصول على موافقة آخر على اجراء عمل قانونى يقوم به هذا الاخير[(١)]. وقد تدعو الى ذلك ضرورات عملية كما هو الحال فى الشيوع، حيث تتصرف الاغلبية مع الالتزام بالحصول على موافقة الاقلية على التصرف. فيكون المتصرفون اصلاء عن انفسهم وملتزمين عن غيرهم.

ومن تطبيقات ذلك ايضا ما يحدث أحيانا فى مرحلة تكوين شركة بين مجموعة من الاشخاص، اذ قد يشترط احدهم على الباقين ان تقوم الشركة، حال تكوينها، بالتعاقد معه على بعض التوريدات ويتعهد الشركاء الباقون له عن الشركة، بأن تفى بهذا الالتزام مستقبلا، كذلك الحال لو نشأ نزاع بين شخص وآخرين فتقدم له احدهم بمشروع صلح للتوقيع عليه مع التزامه بالحصول على موافقة الاخرين.

ويشترط لتوافر حالة التعهد عن الغير عدة شروط:

---

(١) قد يكون التعهد عن الغير صريحا باستخدام هذه الصيغة ذاتها، وقد يكون ضمنيا يستفاد من بنود الاتفاق وملابسات ابرامه. اما عن شروط صحته فهى ذات شروط صحة أى عقد من العقود وفقا للقواعد العامة، وعادة ما يكون التعهد عن الغير جزءً من اتفاق اصلى بين الطرفين وبالتالى ملحقا او تابعا لهذا الاتفاق، وراجع : نزيه المهدى، السابق، ٢١٠.

١ - أن يلتزم المتعهد باسمه شخصيا، وليس باسم من تعهد عنه. وهو شرط يعنى المفارقة بين هذه الحالة وحالة الوكيل او الفضولى.

٢ - ان يقصد المتعهد الزام نفسه وليس الزام غيره، ذلك انه لو تعاقد باسمه واتجهت ارادته الى الزام غيره فإن العقد يقع باطلا لاستحالة محل الالتزام من الناحية القانونية.

٣ - أن يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول على قبول الغير للتعهد. وهو ما يعنى ان التزام المتعهد هو التزام بعمل مؤداه الحصول على قبول الغير . وهو التزام بتحقيق نتيجة. ولكنه يقف عند تحقيق هذه النتيجة دون أن يضمن تنفيذ المتعهد عنه لالتزامه بعد القبول.

أحكام التعهد عن الغير : للغير أن يقبل التعهد أو أن يرفضه:

- وفي **حالة قبول التعهد**، يعتبر ذلك قبولا من جانب الغير (المتعهد عنه) لإيجاب سابق صادر عن الْمُتَعَهِّد لمصلحته. ويترتب على ذلك ان هذا القبول ينعقد به عقد جديد بين الغير والمتعهد لمصلحته. وهذا العقد يختلف عن عقد التعهد عن الغير، ويؤدى انعقاده الى انقضاء التزام الْمُتَعَهِّد وبراءة ذمته من تعهده.

وقد قضت محكمة النقض، تطبيقا لذلك بأنه اذا استأجر شخص مكانا لتشغله شركة فإنه طبقا للمادة ١٥٣ مدنى يعتبر متعهدا بأن تقبل الشركة باعتبارها شخصا معنويا ان تستأجر المكان. فاذا قبلت يعتبر المستأجر قد اوفى بالتزامه، وينشأ عقد ايجار جديد بين المؤجر والشركة كشخص معنوي، ولا يعود له بصفته الشخصية علاقة بالمكان المؤجر، واخذاً بهذا فان حيازة المطعون عليه للعين تنتفى، ولا يملك الادعاء باستئجار المكان لرفع دعوى اليد ضد الاجنبى[1].

---

(١) نقض ٩ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض س ٢١- ١١٧.

أما فى **حالة رفض التعهد**، فإن الغيـر لا مسئولية علـيه، إذ لم يكن طرفا فى التعـهد وبالتالى ليس مسـئولا عنه. وتبقى المسـئولية عن عدم التنفـيذ على عاتق المتعهد الذى لم يفى بما التزم به بتحـقيق النتيجة التى التزم بها، وتنصرف مسـئوليتـه الى دفع تعويض للمـتعهـد له عمـا لحقه من اضـرار من وراء عدم التنفيـذ. وبداهة لا يمكن اجبار المتعـهد على الوفاء بالتزامـه، وذلك لتعلق هذا التنفيذ بشخص الغير الذى لا يمكن الزامه بإبرام تصرف رغما عنه.

وقد قضت محكمة النقض بأنه «اذا تعهـد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فـلا يلزم الغيـر بتعهـده، فاذا رفض الغيـر ان يلتزم وجب عـلي الملتزم ان يعوض من تعاقد معه، ويجـوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به[١].

واخيـرا فان الاصل فى قـبول الغـير الا يكون له اثر رجعـى. وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانيـة من المادة ١٥٣ «.. فان قبوله لا ينتج اثره الا من وقـت صدوره» ثم تحفظت هذه الفقـرة على ذلك بأن اضافت « ما لم يتبين انه قصـد صراحة او ضـمنا ان يستند اثر هذا القـبول الى الوقـت الذي صدر فـيه التعهد».

غيـر أن قيام المتـعهـد باسناد قبوله الى وقت التـعهـد، أى بأثر رجعى لا يجوز ان يضر بمن اكتسب حقا من ذلك الغير قبل تاريخ القبول[٢].

---

(١) نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض س ٣٠-٣-٣٧٥.

(٢) راجع : السنهورى، رقم ٣٦٢، وقارن سليمان مرقص، السابق، حيث يرى ان هذا التحفظ فى شأن حقوق الغير ليس له اساس قانونى، وان كان يوافق عليه عداله : رقم ٣١٥.

المطلب الثاني
الاشتراط لمصلحة الغير

يؤدى مبدأ نسبية أثر العقد إلى أن اثاره مقصورة على طرفيه، فلا ينصرف الى غيرهما سواء فيما ينشأ عنه من حقوق أو ما يرتبه من التزامات، وتثير مسألة الاشتراط لمصلحة الغير الشق الخاص بانتفاع الغير بحقوق ناشئة من عقد لم يكن طرفا فيه، ولا خلفا عاما لاحد اطرافه. فالإشتراط لمصلحة الغير يعنى انشاء حق مباشر عن العقد لغير هؤلاء، وهو المشترط لصالحه. والمشكلة على هذا النحو اكثر قبولا من فرض الشق الآخر، والسابق عرضه، الخاص بالالتزامات، والذى لا يتصور معه ان يصبح شخص مدينا بالتزام دون ان يعبر عن ارادته بالقبول صراحة أو ضمنا. ومفاد ذلك ان من السهل تصور ان يصبح الشخص دائناً، رغم عدم تعبيره عن ارادته فى ذلك، اذ يتمخض الامر عن مصلحة له فى هذا الخصوص، وغاية الامر ان يكون له حق رفض هذه الميزة إذا شاء.

ومن الأمثلة الواضحة في هذا الشأن عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير، ففية يتلقى هذا الغير حقا مباشراً من الاشتراط لمصلحته.

وقد كان أمر مثل هذا التصور متعذراً فى ظل القانون الرومانى، حيث سادت فيه روح الشكلية مع اضفاء الطابع الشخصى على رابطة الالتزام، اذ لا يتصور، فى ظل هذا الطابع، ان ينعقد العقد الا بين طرفيه، وفق مبدأ نسبية أثر العقد على نحو كامل، والذى لا يجوز معه ان ينشأ حق من العقد لغير عاقديه. بل وصل الاغراق فى الطابع الشخصى الى حد انه حتى فى فرض ابرام العقد بطريق النيابة، فان اثر العقد الذى يبرمه النائب انما ينصرف الى

(١) راجع: محمد على عمران، رسالة دكتوراه عن الاشتراط لمصلحة الغير، من جامعة باريس، سنة ١٩٦٦، نزيه المهدي، السابق، ٢١٥.

ذمته ولا ينصرف الى ذمة الأصيل، وهو ما يتعارض تماما مع المفهوم الحديث لتقنية النيابة فى التعاقد. غير ان القانون الفرنسى لم يستمر أسيرا للمفهوم الضيق السابق، فأقر المفهوم الصحيح للنيابة فى التعاقد، وأقر اثرها الذى يؤدى الى انصراف آثار العقد إلى الاصيل وليس الى النائب. ثم كان التساؤل حول مدى امكانية انتفاع الغير بحقوق ناشئه عن عقد لم يكونوا اطرافا فيه. أورد الفقيه الفرنسى بوتييه Pothier المبدأ الرومانى الذى يحظر الاشتراط لمصلحة الغير وبرر ذلك بعدم وجود مصلحة للمشترط، ولكنه خفف من صرامة هذا المنع باقرار تخلف التزام طبيعى عن الاشتراط الباطل، فضلا عن انه يصبح نافذاً مدنيا اذا كان الحق الذى يسعى المشترط الى انشائه للغير هو شرط للعقد الذى ابرمه المشترط من اجل نفسه. وكذلك الحال لو كان الاشتراط لمصلحة الغير قد جاء فى اطار تبرع قدمه المشترط للمتعهد. ثم انتهى المطاف باقرار القانون المدنى الفرنسى للفكرة، ولكنه قرر أولا مبدأ انه لا يجوز بصفه عامة أن يتعهد شخص او ان يشترط باسمه الا لنفسه (م١١١٩ مدنى فرنسى)، ثم جاءت المادة ١١٢١ مدنى فرنسى لتضع استثناءً بتجويز الاشتراط لمصلحة الغير استثناءً فى حالتين هما حالة ما اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير شرط فى تعاقد يبرمه الشخص لنفسه، والحالة الثانية هى حالة ما اذا كان الاشتراط يمثل التزاما على عاتق الموهوب له بناء على اشتراط الواهب، ولمصلحة الغير. وفى القرن التاسع عشر، بعد صدور القانون المدنى، بدأ الفقه يتساهل فى شروط اجازة الاشتراط لمصلحة الغير، وبدأ ذلك عن طريق التجاوز عن شرط ان يكون المشترط قد اشترط لنفسه، بل يكفى ان يكون الاشتراط لمصلحة الغير كليا، ما دام ان للمشترط مصلحة ماليه فى ذلك، كأن يشترط البائع على المشترى سداد كامل الثمن لشخص ثالث دائن للبائع. واذا

لم يفى المشترى بهذا الالتزام جاز للبائع التمسك بالفسخ.

وفى مرحلة ثانية إمتد شرط المصلحة الخاصة بالمشترط لتشمل المصلحة الادبية، كما فى بعض الهبات، أى ألا يقتصر الأمر على المصلحة المادية. ومن ناحية اخرى اثيرت مسألة كيفية إجبار المشترط عليه على تنفيذ الالتزام، فبدأ الأمر بالقول بأن للمشترط ان يقيم ضده دعوى العقد لاجباره على التنفيذ. ولكن الامر لم يقف عند هذا الحد حيث انتهى الى اعطاء المستفيد من الاشتراط مكنه رفع دعوى مباشرة ضد المشترط عليه يطالبه بمقتضاها بالتنفيذ[1]. وكانت هذه المسألة الاخيرة من أهم التطورات التى أكدت نجاح نظام الاشتراط لمصلحة الغير.

ويلاحظ ان **الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على مفترضين اساسيين :** **المفترض الأول** ان من أُشتُرِطَ لمصلحته اجنبى عن العقد، وبالتالى فلا يدخل فى هذا النطاق التعاقد بطريق النيابة، اذ النائب يقوم مقام الاصيل، فتنصرف آثار تعاقده الى ذمة هذا الأصيل مباشرة. ومن ثم فان تقنية النيابة تدخل فى منطقة نسبية أثر العقد ولا تتجاوزها. كما يخرج عن نطاق نظام الاشتراط ايضا النشاط الذى يقوم به الفضولى، فهذا الاخير هو نائب بحكم القانون، عن رب العمل، وتتم تسويه مركزه وآثار تصرفاته وفقا لقواعد الفضالة الواردة فى القانون المدنى. وأخيرا تخرج عن مفهوم الاشتراط نشأة حقوق للخلف الخاص تتعلق بالشئ الذى انتقل اليه من سلفه، وكانت مشروطه بمعرفة سلفه، وكانت من مستلزمات الشئ (مكملة له أو مُحَدِّدَةً). أما **المفترض**

(١) نقض مدنى فرنسى، ٢ يوليو سنة ١٨٨٤ سيرى ١٨٨٥- ٥١، و ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٩ دالوز ١٨٥٩-١-٣٨٥ و ٢٢ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢-١- ٢٠٥.

الثانى فيتعلق بعنصر نفسى هو نية انشاء حق مباشر للمستفيد فى ذمة المشترط عليه. **وهو ما يجب ان يكون واضحا فى اتجاه ارادتى الطرفين،** وعند الخلاف تتولى المحكمة تفسير العقد فى ضوء ملابساته ووفقا لبنوده بحثا عن النية المشتركة للطرفين. ولا يتصور ان يتحقق هدف الاشتراط دون ان تتجه ارادة المشترط إلى هذا الغير، ودون ان تتجه إرادة المشترط عليه ايضا الى ذات الغاية عالما بها وقابلا اياها.

التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير :

يمثل التأمين لحال الوفاة نموذجا للاشتراط لمصلحة الغير اذ فيه يتعاقد الشخص مع شركة التأمين، فى مقابل اقساط التأمين، لحالة وفاته، حيث تدفع الشركة مبلغا محدداً لشخص يحدده المؤمن له، وقد يكون هذا الشخص هو الزوج الآخر أو الابن او الاخ... الخ.

التأمين على البضائع لمن يثبت له الحق فيها :

وهو تأمين يعقد عن البضائع التى تنتقل ملكيتها اثناء نقلها لاكثر من شخص، على نحو لا يُعْرَفُ معه من ستؤول اليه هذه البضاعة فى نهاية المطاف. ويُستحق مبلغ التأمين، عند حدوث الخطر المؤمن منه، لصاحب البضاعة وقت وقوع هذا الخطر.

- كذلك **التأمين على عقار،** وأُشترط، في عقد التأمين، انتقاله لمن يشترى هذا العقار.

- **التأمين عن المسئولية** عن حوادث السيارات، حيث يتضمن اشتراطا لمصلحة المضرور، ينشئ لهذا الاخير حقا مباشراً قبل شركة التأمين، وكذلك الحال فى صور التأمين الاخرى عن المسئولية.

- في **عقود تسيير المرافق العامة**، حيث تشترط جهة الادارة شروطا لمصلحة المنتفعين بالمرفق العام، وعادة ما تدرج هذه الشروط فى كراسة الشروط المرفقة بالعقد، ومن ذلك فرض تسعيره استهلاك الكهرباء او اشتراك التليفونات...الخ.

- كما قد تفرض جهة الادارة **في عقود الاشغال** العامة شروطا لمصلحة العمال، كفرض حد ادنى لاجور العمال او اجازاتهم، بل قد تفرض جهة الادارة شروطا لمصلحة من يصابون اثناء تنفيذ تلك الاشغال، مثل التأمين عليهم ضد الحوادث.

- في عقود **التنازل عن المنشآت التجارية**، قد يفرض البائع شروط، علي المشترى تتضمن أحيانا ضمان بعض المزايا للعاملين، ومنها عدم الانهاء المبتسر لعقود عملهم، أو ضمان استمرار ما يتمتعون به من مزايا نقدية أو عينية...الخ.

- وفى **بعض عقود الشركات** حيث يشترط الشركاء على بعضهم البعض استمرار الشركة قائمة مع ورثة الشريك الذى يتوفى.

- فى **عقود النقل** حيث يؤمن الراسل على البضائع لمصلحة المرسل اليه.

- فى **عقد الهبة** عندما يشترط الواهب على الموهوب له لمصلحة جهة أو لمصلحة شخص ثالث[1].

---

(١) يلاحظ ان بعض الاحكام القضائية قد استخلصت الاشتراط لمصلحة الغير بطريقة ضمنية، ففي مجال إعمال المسئولية العقدية لمركز طبى خاص بتوريد الدم، قضى بمسئوليه هذا المركز عقديا قبل المريض الذى تلقى دما ملوثا، فى حين ان الدم كان قد تم نقله الى المريض عن طريق احدى المستشفيات، وبالتالى لم تكن للمريض علاقة مباشرة بمركز الدم. ومع ==

الاشتراط لمصلحة الغير وفق نصوص القانون المدنى :

عرض القانون المدنى لاحكام الاشتراط لمصلحة الغير فى المواد ١٥٤ و١٥٥ و ١٥٦ منه. وقد نصت المادة ١٥٤ على انه «يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له فى تنفيذ الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو ادبية» «٢- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد». «٣- ويجوز كذلك للمشترط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع. إلا اذا تبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك».

كما نصت المادة ١٥٥ مدنى على أنه «يجوز للمشترط دون دائنيه أو

== ذلك استخلصت محكمة النقض الفرنسية ان هناك اشتراطا لمصلحة المريض فى عقد توريد الدم الذى ابرم بين المستشفى ومركز الدم. نقض مدنى فرنسى ١٧ ديسمبر ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٥- ٥٥..

(١) اختلفت مذاهب الفقه الفرنسى فى تأصيل الطبيعة القانونية لنظام الاشتراط لمصلحة الغير فذهب رأى الى انه يقوم على فكرة العرض، حيث يتعاقد طرفا الاشتراط، ثم يعرض المشترط على الغير التنازل له عن الحق الناشئ من العقد، فان قبل كان هناك عقد جديد ينقل المنفعة المشترطة الي هذا الغير، وذهب مذهب اخر الى القول بنظرية الفضالة على اساس ان المشترط يعمل كفضولى لمصلحة الغير، وذهب مذهب ثالث الى القول بنظرية الالتزام بالارادة المنفردة من جانب المشترط عليه. وقد تعرضت جميع هذه النظريات لانتقادات عديدة بسبب عدم استجابتها للتقنية المقصودة من الاشتراط كما يسعى اليه الاطراف، وبما يؤمن مصلحة المستفيد. لذلك انتهى الرأى الى ان الاشتراط نظام مستقل يخول للمستفيد حقا مباشراً قبَل المشترط عليه، ولا يمر بذمة المشترط : راجع مارتى ورينو، السابق رقم ٢٩٤، وما بعدها.

ورثته ان ينقض المشارطة قبل ان يعلن المنتفع الي المتعهد أو الى المشترط رغبته فى الاستفادة منها، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد»، ٢- ولا يترتب على المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الاول، كما له ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة».

ونصت المادة ١٥٦ مدنى على انه «يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا او جهة مستقبلة، كما يجوز ان يكون شخصا او جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينه مستطاعا وقت ان ينتج العقد اثره طبقا للمشارطة»،

وبذلك يكون القانون المدنى المصرى قد اقر نظام الاشتراط لمصلحة الغير، باعتباره استثناءً حقيقيا على مبدأ نسبية اثر العقد، اذ فيه ينشأ للمنتفع حق مباشر قبل المتعهد، رغم انه لم يكن طرفا في العقد». وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق. ولهذا التصوير، على بساطته ووضوحه، فضل الكشف عن وجه هذا النظام وابراز مشخصاته، من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة، وهو فضلا عن ذلك يقيل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها...وقد نقل التقنين المدنى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير فى صورتها التى انتهت اليها فى آخر مرحلة من مراحل تطورها»[1].

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى -٢- س١٣٦ و ١٣٧.

الشروط القانونية لصحة الاشتراط لمصلحة الغير :

الشرط الاول : ان يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المستفيد، تعاقدا صحيحا.

وهذا الشرط هو الذى يعطى للاشتراط خصوصيته. اذ بهذا الشرط يتميز نظام الاشتراط عما قد يلتبس به من انظمة مجاورة، مثل الفضالة والنيابة. ويترتب على هذا الاختلاف مغايرة في الاحكام، فالاشتراط نظام مفتوح امام اى شخص يريد ان يشترط لحساب غيره، والحال غير ذلك فى النيابة او الفضالة. كما ان المشترط لابد ان تكون له مصلحة شخصية فيما يقوم به. أما النائب فليس له بالضرورة مصلحة، وتمتنع هذه المصلحة فيما يقوم به الفضولي. وأخيرا فان الفضولي يلتزم بالاستمرار فيما بدأه من عمل، أما المشترط فله الرجوع عن الاشتراط او تغيير شخص المستفيد.

ويلاحظ أن ورود الاشتراط فى عقد بين المشترط والمتعهد يفترض بالضرورة ان يكون هذا العقد صحيحا. فالاشتراط يقوم فى إطار بند من بنود هذا العقد.

ويترتب على ذلك سقوط الاشتراط بسقوط هذا العقد بسبب بطلانه بطلانا مطلقا، او الحكم بابطاله فى حالة البطلان النسبى. فالاشتراط قائم على العقد المذكور مستنداً اليه فلا تقوم له قائمة بغير وجوده وصحته.

ومع ذلك فان هناك حالات استثنائية تتجرد فيها علاقة المستفيد من الاشتراط عن علاقة الاساس بين المشترط والمتعهد، أو بين المشترط والمستفيد،

---

(١) راجع : محسن البيه، السابق، رقم ٢٦٩، نزيه المهدى، السابق، ٢١٨.

كما هو الحال فى خطابات الضمان، والتى ينشأ عنهـا التزام مستقل عن علاقة الاساس. وهو مـا اقتـضتـه طبيعـة خطابات الضمـان وفق ما اسـتقـرت عليه الاعراف الـتجارية والـبنكية. وفى ذلك قـضت محكمـة النقض بأن «خطاب الضمـان وان صدر تنفيـذا للعقد المبـرم بين البنك والمدين المتعامل مـعه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطـاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقتـه بالعميل اذ يلتزم البـنك بمقتضي خطاب الضمـان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفـيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير باعتـباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به..»[١].

وفيما خـلا هذه التحديدات فانه يتعين ان تكون للمشتـرط مصلحة مادية أو ادبيـة فى الاشتـراط وهو ما يتـمثـل فى صور عـديدة، لمصلحة قـريب، او لمصلحة فقـير، أو لجهة أو مؤسسـة تعليمية أو خيـرية... الخ. واذا توافر شرط المصلحة فلا يـلزم أن يكون المشترط قد اشتـرط لنفسه بالاضافـة الى الاشتراط لمصلحـة الغيـر، كما لا يـشترط ان يكـون للمشـترط دور شخـصى فى تنفـيذ الاشتراط.

الشرط الثانى : ان يتضمن الاشتراط انشاء حق مباشر للمستفيد :

ويعكس هذا الشـرط مغـزى الاشتـراط وحقـيقـته، فـهو بحكم منطـوقه يتـضـمن اشتـراط حق للغـيـر. فـإذا تخلف هذا الشـرط بأن كـان الاشتـراط لمصلحـة المشتـرط نفسه، فان الأمـر يخرج عن نطاق مفـهوم الاشتراط للغـير، حتى ولو تصادف أن استفـاد الغير بطريق التبعية. فعندما يستـفيد الغير بطريق الميراث او الحـوالة او الخلافـة الخاصـة، فان الامـر يخرج عن نطاق الاشـتراط

---

(١) نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠- ١١.

لمصلحة الغير. ومن ذلك ان يبرم شخص عقد تأمين لحسابه ولمصلحته، ثم يتوفى فينتقل الحق فى مبلغ التأمين الى الوارث، وفى هذه الحالة تكون الاستفادة بطريق الميراث وليس بطريق الاشتراط. كذلك لا يعد اشتراطا حوالة حق شخصى قبل المدين الي طرف ثالث، وكذلك الحال لو باع شخص شيئا مؤمنا عليه، فان عقد التأمين ينتقل الي المشترى باعتباره متصلا بالشئ وكان من مستلزماته. وفى هذه الامثلة الاخيرة ليس هناك حق مباشر أُشترط لمصلحة الغير، انما هناك حوالة او ميراث أو استخلاف، وهى نظم لها ضوابطها المختلفة عن نظام الاشتراط لمصلحة الغير.

وبالتالي فالاشتراط لمصلحة الغير لا يتوافر الا وفق تقنية قانونية مؤداها أن ينشأ للمسفيد حق مباشر من الاشتراط.

تعيين شخص المستفيد : يلاحظ ابتداء أنه لا يشترط فى المستفيد من الاشتراط توافر اهلية معينة، اذ يكفى ان تتوافر له أهلية الوجوب، باعتبارها القدر المنطقى والمبدئى لاكتساب الحقوق، وبالتالى يجوز الاشتراط لمصلحة عديم التمييز، أو المحجور عليه لاى سبب من الاسباب القانونية، كما يجوز الاشتراط لمصلحة من له اهلية وجوب محدودة ومشروطة كالجنين قبل ولادته.

غير أن الشرط الاساسى هو ان يكون المستفيد معينا عند التعاقد او على الاقل قابلا للتعيين (م ١٥٦ مدنى). فالفرض العملى البسيط هو تعيين المستفيد وقت الاشتراط، كالتأمين لمصلحة الزوجة او الابن مثلا. غير ان فرض القابلية للتعيين هو فرض وارد ايضا من الناحية العملية، ومقبول من الناحية القانونية. ومن ذلك التأمين لمصلحة من تؤول اليه ملكية البضائع فى نهاية

رحلة انتقالها من مكان إلى آخر، والتأمين لمصلحة الغير الذى يصاب من حوادث السيارات، أو التأمين عن المسئولية لمصلحة الغير بصفة عامة.

وبالتالى فان الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، وغير قابل للتعيين، يقع باطلا، كالتأمين لمصلحة الفقراء دون تحديد مثلا.

أحكام وأثار الاشتراط لمصلحة الغير:

أولا - العلاقة بين المشترط والمتعهد :

- المشترط والمتعهد هما المتعاقدان اصلا، وتنطبق على علاقتهما قواعد **وأحكام العقد فى أركانه وشروط صحته، وفقا للقواعد العامة. واذا تعلق الامر بعقد تأمين وجب ان يستوفى الشرائط التى تتطلبها القوانين المنظمة لعقود التأمين.**

- ان من حق الطرفين ان يضعا حدا للاشتراط ما دام المستفيد لم يعلن قبوله للاشتراط. فالمستفيد إلى ما قبل اعلان قبوله، ليس صاحب حق وليس طرفا في التعاقد. كما ان لأى من الطرفين ان يتمسك بالفسخ وفقا لضوابطه القانونية، اذا لم يفى أحد الطرف الآخر بالتزامه، خاصة اذا لم يفي المتعهد بالتزامه قبل المستفيد.

- للمشترط ان يتمسك بالتنفيذ العينى، وان يطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه قبَل المستفيد. ففي عقد التأمين اذا لم تفى الشركة بمبلغ التأمين المتفق عليه، عند تحقق الخطر المؤمن عنه ، فان للمشترط ان يحرك وسائل المسئولية وصولا الى التنفيذ العينى، أ و طلب الفسخ اذا اخل المدين بالتزامه. **ويلاحظ ان مفاد ذلك أن قبول المستفيد وابداء رغبته بقبول الاشتراط لا يترتب عليه**

خروج المشترط من الرابطة العقدية، ما لم يتبين من الاتفاق ان المستفيد وحده هو صاحب الحق فى ممارسة المكنات السابقة.

حق المشترط فى نقض الاشتراط او تعديله : يجوز للمشترط ان ينقض الاشتراط، غير أن ذلك مشروط بالا يكون المستفيد قد أظهر قبوله للاشتراط وبالتالى فحق النقض لا يتيسر للمشترط الا فى المرحلة السابقة على قبول المستفيد.

وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٥٥/ ١ مدنى «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته ان ينقض المشارطة قبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد او الى المشرط رغبته فى الاستفادة منها، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد».

ويلاحظ على هذه القاعدة ما يلى :-

١ - ان حق نقض الاشتراط يضحى غير وارد اذا ما كان المستفيد قد اعلن قبوله للاشتراط، اذ بهذا القبول يثبت حقه نهائيا وباتا قبل المتعهد، ويخرج الامر بالتالى عن سلطان المشترط. وكان القضاء المصرى يسلم بسلطة النقض، فى حدودها السابقة، فى ظل القانون المدنى القديم، رغم غياب النصوص[1].

٢ - ان الاصل هو حق المشترط فى نقض الاشتراط. ولكن هذا الحق يجوز التنازل عنه صراحة او ضمنا. فقد يقدر القاضى فى ضوء تفسيره للاتفاق وملابساته، ونصوص بنوده، والغاية منه، انه ليس للمشترط حق نقض المشارطه الا بموافقة المستفيد.

---

(١) مثلا : استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية - ٢٧-٧١ و ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩- ٤١٥ و ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٤-١٦.

٣- أن المادة ٥٥/ ١ مدني اضفت طابعا شخصيا على حق النقض فجعلته **بيد المشترط «دون ورثته او دائنيه»**، ما لم يتفق على خلاف ذلك صراحة أو ضمنا». وهذا الطابع الشخصي يمثل أهمية كبيرة في كثير من الحالات، فقد يكون المستفيدون من الاشتراط غير الورثة، او بعضهم دون البعض الآخر، وبالتالي فان اعطاء حق النقض للورثة في حالة وفاة المؤمن له قد يخل بالغرض الذي استهدفه المشترط وسعى اليه.

٤ - ان المشترط عندما يجوز له ممارسة حق النقض، ويمارسه فعلا، فان له ان يحدد مستفيداً آخر، كما ان له ان يستأثر بالمنفعة المشروطة لنفسه. وفي ذلك تقرر المادة ١٥٥/ ٢ مدني «لا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الاول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة».

ثانيا- العلاقة بين المتعهد والمستفيد :

يصبح المستفيد (المنتفع) دائنا مباشرا للمتعهد منذ توقيع الاتفاق بين المشترط والمتعهد، بمعنى ان حقه يولد منذ ميلاد هذا الاتفاق وليس منذ قبوله للاشتراط. فالقبول يؤدي فقط الى تثبيت حق المنتفع وجعله نهائياً، فضلا عن ان هذا القبول ينأى بالاشتراط عن أية امكانية للنقض من جانب المشترط.

ولكن يلاحظ ان المنتفع لا يصبح طرفا في عقد المشارطة، رغم ثبوت حقه الناشئ عنها. وينبني على هذا المفهوم أن للمستفيد أن يرفع دعوى مباشرة ضد المتعهد لمطالبته بالتنفيذ العيني، (ما لم يتضمن الاتفاق شرطا يقصر طلب التنفيذ العيني على المشترط وحده، م ١٥٤/ ٢ مدني)، ولكنه لا

يملك ان يرفع دعوى بالفسخ. ذلك أن دعوى الفسخ يملكها طرف فى عقد، ويرفعها ضد طرف آخر لم ينفذ التزامه المقابل لالتزام الطرف الاول. أي أن هذه الدعوى تفترض التزامين متقابلين. والمستفيد ليس طرفا وليس ملتزما بالتزام مقابل لالتزام المتعهد. ويترتب على ذلك أيضا انه لا يجوز للمتعهد ان يتمسك قبل المستفيد بالمقاصة فى دين له قبل المشترط. ولا يجوز أيضا للمتعهد ان يتمسك قبل المستفيد بالمقاصة فى دين له قبل المشترط. كذلك إذا عُدِّلَ العقد الاصلى بين المشترط والمتعهد فلا يعد التعديل حجة عليه الا اذا كان له تاريخ ثابت، كما ان الاحكام القضائية التى تصدر فى نزاع بين طرفى المشارطة لا تكون حجة على المستفيد.

وأخيرا فان المنتفع، بحسبان انه ليس طرفا في عقد الاشتراط (أي من الغير)، له ان يثبت حقه، بجميع طرق الاثبات أيا كانت قيمة النزاع.

وأخيراً يجوز للمتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد (م ١٥٤/ ١ مدنى)، فرغم ان المنتفع ليس طرفا فى المشارطة الا انه يتحمل كافة الدفوع التى يملكها المتعهد قبل المشترط، اذ يحاج بها. وبالتالى فللمتعهد ان يدفع مطالبة المستفيد ببطلان عقد المشارطة، يستوى فى ذلك البطلان المطلق أو النسبي، كما ان له ان يتمسك في مواجهته بفسخ العقد أو بانفساخه نتيجة عدم تنفيذ المتعهد لالتزاماته.

ثالثا - العلاقة بين المشترط والمنتفع :

اشرنا فيما سبق إلى أن المنتفع ليس طرفا فى العقد الذى أنشأ الاشتراط، وهو لا يصبح طرفا فيه حتى بعد قبول الاشتراط، غاية ما فى الامر ان هذا النظام يخلق له حقا مباشراً قبل المتعهد. ويترتب على هذه المعانى أن المستفيد

ليس دائنا للمشترط. ولذلك فمن المتصور الا توجد رابطة محددة بين المشترط والمستفيد. ويترتب على هذا المفهوم عدة نتائج :

١ - انه حين يكون دافع المشترط هو التبرع فإن التزام المشترط يجد سببه القانونى فى نية التبرع فحسب، وهو ما يحدث فى بعض الحالات التى يكون فيها الاشتراط لمصلحة الغير هو وسيلة تنفيذ هبة أو تبرع بطريق غير مباشر.

أما اذا كان سبب التزام المشترط هو سعيه الى الحصول على مقابل، ومن ذلك ان يستهدف الاشتراط قضاء مديونيه سابقة على عاتق المشترط للمستفيد، فى هذه الحالة يكون سبب التزامه هو قضاء الدين القائم فى ذمته للمنتفع.

٢ - يترتب على انتفاء العلاقة العقدية بين المشترط والمنتفع، ونشوء حق مباشر لهذا الاخير قبل المتعهد، انه اذا توفى المشترط فان منفعه الاشتراط لا تصب فى تركته ولا تعتبر جزءاً منها، وبالتالى لا يستطيع دائنو المتوفى مزاحمة المنتفع فى شأن القيمة موضوع الاشتراط.

حالات متناثره لتأثر الغير بالعقد باعتباره واقعة قانونية :

يعتبر العقد تصرفا قانونيا، وهذا هو المظهر الأهم لوجود حاكما لعلاقات الاشخاص ،وهو على هذا النحو نسبى الاثر، كما سبق أن اشرنا. ولكن هذا العقد هو ايضا واقعة قانونية قد تؤثر فى حقوق الغير بطريق غير مباشر، أى ان من المتصور أن تكون له انعكاسات علي مراكز هؤلاء الغير القانونية :

(١) فمن ناحية أولى يترتب على العقد بعض النتائج فى مواجهة الغير باعتباره واقعة قانونية، وذلك بالرغم من مبدأ نسبية اثر العقد. وتطبيقا لذلك اذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه، وقام بتسجيل سند ملكيته عن هذا العقار، فان المالك الحقيقى يعد غيرا بالنسبة لطرفى عقد البيع المشار اليه. ومع ذلك فهذا الغير، المالك الحقيقى، يجد نفسه محاجا بالعقد المشار اليه باعتبار هذا العقد سندا صحيحا لتملك العقار المبيع بمضي مدة التقادم الخمسى عملا بالمادة ٩٦٩مدنى.

(٢) قد يقوم بعض الاشخاص بتأسيس شخص اعتبارى، كجمعية او شركة، ويمثل قيام هذه الشخصية الاعتبارية واقعا فعليا وقانونيا لا يستطيع الغير ان يتجاهله.

(٣) كذلك الحال فى حالة اتفاق العامل وصاحب العمل، في عقد العمل، على التزام الاول بعدم الالتحاق بمنشأة منافسة خلال مدة محددة من انقضاء عقد العمل. ففى هذه الحالة يكون اتفاق عدم المنافسة واجب الاحترام من جانب الغير، ومن ثم فان الغير الذى يحرض العامل على الاخلال بهذا الالتزام يجد نفسه مسئولا قبل صاحب العمل السابق (الدائن للعامل) مسئولية تقصيرية، بالاضافة الى المسئولية العقدية للعامل (ويكون الاثنان مسئولين على سبيل التضامم).

ويطبق ذات الحكم لو ان صاحب عمل حرض احد العمال علي ترك الخدمة لدى مخدومه للالتحاق بعمل لديه، وهو ما يعنى ان الغير لا يستطيع تجاهل وجود العقد بين اطرافه[1].

---

(١) راجع ايضا في اخلال الغير مع المتعاقد ما سبق عن الالتزام بالتفصيل، وبحث: سعيد جبر، سبقت الاشارة اليه.

(٤) ان العقود التى تنشئ لشخص ما حقا عينيا اصليا او تبعيا، فانها، اذا استوفت اجراءات الشهر، تصبح نافذة، في مواجهة الكافة.

(٥) فى حالة سلسلة العقود المتتابعة على شئ واحد، يستطيع المتعاقد الاخير، فى نهاية هذه السلسلة، ان يرجع على المنتج، أو البائع الاول، لمساءلته عما لحق به من ضرر نتيجة عيب فى الشئ محل التعاقد . وقد يكون الرجوع وفقا لقواعد المسئولية العقدية على اساس ضمان العيوب، وفقا لرأي رغم عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين المضرور والمسئول[1]، وقد يكون الرجوع وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية، وفى هذه الحالة يعتبر العقد، والاخلال الموجب للمسئولية، مجرد وقائع قانونية ارتبطت بالفعل الضار الذى الحق الضرر بالمدعى.

(٦) واخيرا تمثل عقود العمل الجماعية خروجا جزئيا عن مبدأ نسبية اثر العقد. فعقد العمل الجماعى يتم ابرامه بين ممثلين عن اصحاب العمل (قد يكون اتحادا لاصحاب عمل في مهنة معينة)، وممثلين عن العمال (عادة نقابة العمال).

ويضع هذا الاتفاق نموذجاً يمثل الحد الادنى للضوابط والمزايا التى يجب احترامها فى ابرام عقود العمل الفردية بين كل صاحب عمل وكل عامل. وتمثل هذه الظاهرة تطوراً هاما فى فلسفة الظاهرة العقدية، ذلك انها تعنى خروجا على المفهوم الفردى القائم على بريق مبدأ سلطان الارادة. فكل عقد فردي يخالف الحد الادنى للمزايا المقررة فى الاتفاق الجماعى يقع باطلا ولا يعتد به.

---

(١) راجع ما سبق فى هذا الخصوص، وراجع : فيصل ذكى عبد الواحد، فى بحثه عن المسئولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية.

*** المركز القانونى للدائنين العاديين فى مواجهة مبدأ نسبية اثر العقد :**

العقود التى يبرمها المدين لا تنتج اثرا مباشراً فى مواجهة الدائنين، فهم ليسوا خلفاء للمدين لا على نحو عام ولا على نحو خاص. غير ان هؤلاء الدائنين يتأثرون بالضرورة بما يجريه هذا المدين من تصرفات مالية تعدل من مكونات ذمته المالية، ويعود هذا التأثر الى ان الذمة المالية - فى جانبها الايجابى - تمثل الضمان العام لمَ على المدين من التزامات.

وهو ما عبرت عنه المادة ٢٣٤ مدنى عندما قررت «١- اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه»، «٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون». ويترتب على ذلك ان المدين حين يكتسب مالا يضيفه الى ذمته فانه يثرى هذا الضمان العام، بما يستفيد منه دائنوه، وعلى العكس حين تخرج بعض الاموال من ذمته، فانه ينتقص من الضمان العام بما يضر بهم.

وقد يعمد المدين الى الانتقاص من الرصيد الايجابى فى ذمته المالية. وقد يكون ذلك بسوء نية قاصدا الاضرار بدائنيه، وقد يكون الانتقاص، على العكس، لضرورة معيشية اجبرته على التصرف. والمبدأ ان هؤلاء الدائنين لا يملكون التدخل فى شئون مدينهم، ذلك ان الضمان العام المقرر لهم انما يرد على مجموع الذمة المالية، وليس على اى مفرد من مفرداتها، والمال غاد ورائح فيها، وما عليهم الا انتظار حلول اجل ديونهم للتنفيذ على امواله اذا امتنع عن الوفاء اختياراً.

غير ان هذا التأثير الهام لتصرفات المدين، على عناصر ذمته، قد اقتضى ان يخلق النظام القانونى مجموعة من الوسائل يستطيع بها الدائنون درء

مخاطر تصرفات هذا المدين واهم هذه الوسائل :

- **الدعوى غير المباشرة**، ووفقا للمـادة ٢٣٥ مدنى، والتى تخول الدائن، ولو لم يكن حقـه مستحق الاداء، ان يستـعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كـان منها متـصلا بشخـصه خاصـة او غير قـابل للحجـز عليه، وذلك وفقا للضوابط الواردة في هذه المادة والمادة ٢٣٦مدنى.

- **الدعوى البوليصية**، او دعوى عدم نفـاذ تصرفات المدين، وفقـا للمواد ٢٣٧ وما بعدها.

- **أحكام الصورية**، وفقـا للمادة ٢٤٤ مدنى، والتى تخـول للمتعـاقدين والخلف الخاص، متى كانـوا حسنى النية، ان يتمسكوا بالعقـد الصورى، كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضـر بهم، واذا تعارضت مـصـالح ذوى الشأن، فـتـمسك بعـضـهم بالعقـد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الافضلية للاولين».

- نظام **شهر اعسار المدين**، إذا آل أمر ذمتـه الى عدم كفاية امـواله للوفاء بديونه المستحقة الاداء. (م ٢٤٩مدنى).

الفصل الثالث

حدود القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه

يتحدد مضمون العقد وقوته الملزمة من خلال بحث:

١ - تحديد محتوى العقد وحدود هذا المحتوى. ووجوب احترام القوة الملزمة للعقد وفقا لمبدأ حسن النية. ٢-سلطة القاضي فى تعديل العقود.

المبحث الاول

فحوى العقد ومبدأ حسن النية

أولا - فحوى العقد : الزام العقد بما ورد فيه وبما هو من مستلزماته[١].

نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى على انه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه..» ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن «لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

وعلى هذه النحو فإن العقد لا يقتصر، فى تحديد مضمونه، على ما ورد حرفيا فى بنوده. بل ان ذلك يُكَمَّلُ بِعِدَّةٍ موجهات هى القانون والعرف، والعدالة.

فالقواعد القانونية المكملة تسد النقص فى العقود، وذلك بوضع تنظيم للمسائل التى سكت عنها المتعاقدان، وفى القانون المدنى كثرة من هذه القواعد خاصة في العقود الهامة كعقد البيع او عقد الايجار.

- كما يكمل العقد **بما تقتضيه العرف**، خاصة فى المسائل التجارية. كما يقوم العرف بدور في تفسير ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين عند غموضها.

---

(١) راجع : نزيه المهدي، السابق، ٢٣٤.

- أما **العدالة**، فهى فكرة عامة ومُوَجِّه يستعين بها القاضي فى بعض حالات غياب الاتفاق على بعض المسائل وغياب النصوص القانونية. ومن تطبيقات ذلك فى تاريخ القضاء ما اتجت اليه المحاكم من خلق التزام بضمان سلامة الاشخاص في عقود نقل الاشخاص.

ثانيا - وجوب تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية :

وهو ما اشارت اليه المادة ١٤٨/ ١ مدنى سالفة الذكر حيث اضافت «يجب تنفيذ العقد.. وبطريقة **تتفق مع ما يوجبه حسن النية**».

والحقيقة ان فكرة حسن النية المشار اليها قد أخذت أبعاداً جديدة في العصر الحديث، حيث جرى التركيز على الثقة المشروعة فى التعامل، وضرورة التعاون بين العاقدين عند التعاقد وعند التنفيذ، والالتزام بالتبصير، والالتزام بالنصيحة. وكلها أوجه جديدة لمبدأ حسن النية.

ومن تطبيقات حسن النية في التنفيذ مثلا التزام الوكيل ان يبادر باخطار موكله بكل امر يستوجب علمه وتدخله. والتزام شركة الايداع فى حالة حريق المخزن ان تبادر باخطار مالك البضاعة بأن الخبراء قد قدروها بأقل من قيمتها حتى يتخذ الاجراءات اللازمة لحفظ حقوقه[١]، والتزام العميل الذى يكلف سمساراً بالبورصة باجراء عمل معين فى البورصة فاجراه خلافا للتعليمات ان يبادر باخطاره بخطئه حتى يغطى ذلك فى جلسة البورصة التالية[٢].

ويبدو **التطبيق الثانى** لوجوب حسن النية في التنفيذ فى تقييم القضاء للشرط الفاسخ الضمنى فى العقود التبادلية. ومن ذلك ان يتضح للمحكمة

(١) نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ جازيت دى باليه ١٩١٠-١- ٥٣٥.
(٢) محكمة باريس ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩-٢- ٣١١.

ضآلة الجـزء الذى لم ينفذ من الالتزام، أو عـدم جدواه، على نحو يكون مـعه التمسك بالفـسخ تعسفيا ومخـالفا لمقتضى حسن النيـة. كذلك الحال في كل حالة اخرى تنبئ الظروف فيها عن هذا المعنى. ومن هذا القبيل ما قضى به من رفض دعوى فسخ بيع عقار مع الاحتفاظ بحق الانتفاع مدى الحياة، فى مقابل ايراد مـرتب، رغم ثبوت عـدم قـيام المدين بالوفـاء بأي مـرتب طوال سنوات سابقـة، حيث تبين للمحـكمة أن الدائن كان مـتسامـحا، طوال هذه المدة، مع قـريبه المدين، وفـجأه طالبـه بالمرتب المتـراكم فى مهلـه لم تسعـفه للوفـاء به، مماأاعتبر مـخالفا لموجب حسن النية، وبالتالى قـضى برفض دعوى الفسخ[١]، كذلك قضى باعـتبار فصل العامل تعـسفيا عندما ثبت ان صـاحب العمل قد عَيَّنَ -بعـد فصله- عـاملا جديدا فى وظـيفة كـان يمكن ان ينقل اليهـا العامل المفصول[٢]. وفي عقد الايجار لا يجوز للمؤجر ان يمتنع عن اعطاء موافقته - المشروطه في العقد- على التأجير من الباطن دون أسـباب معقولة ومقبولة[٣]. واذا تضمن عـقد البيع اعفـاء البائع من المسئوليـة عن التأخير فى التـسليم فلا يعمل بهذا الاعفاء اذا تبين سوء نية البائع فى التأخير اضرارا بالمشترى[٤]، واذا تضمن عـقد التأمين شـرطا بسقوط حق المؤمن له إذا لم يرفع الدعـوى خلال اجل معين فـلا يُعْمَلْ بهذا الشـرط اذا تبين سوء نيـة شركة التـأمين فى تفويت الميعاد باستدراج العميل الى مفاوضات أدت إلى فوات الميعاد[٥].

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩٨٧ بلتان المدنى - ٣- ٥٣.
(٢) نقض جماعى فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٩٩٢ الاسبوع القانونى ١٩٩٢-١- ٣٦١٠.
(٣) محكمة باريس ٤ يوليو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ٦٥٧.
(٤) محكمة ليموج ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٦-٢-٣٦.
(٥) محكمة السين التجارية ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت دى بالية ١٩٢٩-٢- ٣٦.

ومن باع متجراً يمتنع عليه بموجب حسن النية أن يسارع بافتتاح متجر منافس ملاصق للمتجر المبيع، لان الثقة المشروعية فى التعامل تأبى مثل هذه المنافسة على هذا النحو. وقد عبر الفقيه الفرنسى القديم بوتييه عن هذا المعنى قائلا، فى صدد عقد البيع، ان من يتعهد بالقيام بالتزام معين انما يلتزم فى ذات الوقت بالقيام به وتنفيذه على نحو مفيد. وقد تبلورت مظاهرا اخرى حديثه فى الوقت الحالى، للثقة المشروعة والمفروضة بين المتعاقدن، ومنها ما سبق أن اشرنا اليه من ظهور الالتزام بالتبصير والالتزام بالاعلام والالتزام بالتحذير فى بعض العقود، خاصة تلك التى يختل فيها التوازن الاقتصادى او التوازن المعرفى بين الطرفين. وهى التزامات قد تفرضها اصول حسن النية قبل العقد، ولكنها لا تختفى بمجرد التعاقد بل تستمر لتلعب دوراً اثناء تنفيذ العملية العقدية. ففى بعض العقود يتعين على المتعاقد ان يبصر او ان يعلم الطرف الاخر بما يجب معرفته. وقد يفرض القانون مثل هذا الالتزام، كما هو مستقر في عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن له باعلام شركة التأمين بالظروف التى قد تؤدى الى تفاقم الخطر. أما فى غير حالة النصوص القانونية فقد استظهرت احكام قضائية تطبيقات عديدة لما يقتضيه حسن النية من تبصير او اعلام من احد المتعاقدين للاخر. ومن ذلك التزام المستأجر باخطار المؤجر بتدهور حالة العين المؤجرة[١]، والتزام البنك باخطار العميل عن الصعوبات التى يصادفها قرض يخصه من دولة أجنبيه[٢]، والتزام المنتج بان يوضح خطوره الاشياء المنتجة[٣]. والتزام طبيب امراض النساء بأن يبصر المريضة بأخطار الحمل بعد

(١) نقض مدنى فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨- ٩٧.

(٢) محكمة السين Seine ١٨ مارس ١٩٣٠ جازيت دى باليه ١٩٣٠-١-٨٢٠.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٣١ يناير سنة ١٩٧٣ الاسبوع القانونى ١٩٧٣-٤- ١٠٦. وراجع : محمد شكرى سرور، مسئولية المنتج.

اجراء العملية الجراحية[١]. والتزام المقاول بأن يخطر رب العمل بما استجد من قواعد البناء القانونية اثناء التنفيذ[٢]، والتزام شركة صيانة المصعد باخطار المالك بالاصلاحات الواجبة فى ضوء الاستعمال[٣، ٤].

وإجمالا فان مبدأ حسن النية يقتضى من المدين ان يمتنع عن كل غشٍ أو إضرار عمدى بالدائن أثناء التنفيذ. وكذلك الحال ايضا بالنسبة للدائن فى مواجهة المدين[٥]. اذ يجب على المدين ان يمتنع عن اى فعل يحول بين الدائن والحصول على ما يبتغيه من فوائد العقد ومنافعه[٦]، وعلى الدائن ان يمتنع عن أى فعل يجعل من تنفيذ الالتزام اكثر تكلفه أو إرهاقا للمدين. وتطبيقا لهذه المعانى اذا عرض المدين على الدائن الوفاء بالالتزام فرفضه الدائن علي اساس عدم كفاية المعروض فان على الدائن ان يقدم حسابا بدينه محددا فيه المبلغ المطلوب[٧]. وعلى المؤلف - في عقد النشر ان يقوم بتصحيح بروفات

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٨٣ دالوز ١٩٨٤- ١٢١ والتعليق.

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٥ مارس سنة ١٩٨٨ دالوز سنة ١٩٨٨ In. rap ٩٣.

(٣) محكمة باريس ٢٢ أغسطس سنة ١٩٣٠ جازيت دى باليه ١٩٣٠-٥-٦٦٨.

(٤) ويلاحظ بصفة عامة ان الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين يجد تطبيقات هامة فى العلاقات العقدية القائمة على الثقة الشخصية كعلاقة المحامى بموكله وعلاقة الموكل بالوكيل، وعلاقة سمسار البورصة بعملائة فالمحامى مثلا لا يقتصر عمله على متابعة الدعوى والدفاع فيها بل عليه واجب النصيحة قبل موكله، وأن يحاوره فى شأن الاجراءات القضائية ومخاطرها، ومدى ملاءمة الطعن في الحكم : راجع حكم محكمة باريس ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٨١ في جازيت دى باليه ١٩٨٢ عدد ٣ مارس، ومحكمة إكس ان بروفانس ٩ يوليو سنة ١٩٦١ دالوز ١٩٦٠- ٥٩٣.

(٥) راجع: نقض اجتماعى فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٨٦ جازيت دى باليه سنة ١٩٨٦-٢-٢٠١و ٣٠ ابريل سنة ١٩٨٧ بلتان المدنى - ٥- ٢٣٧.

(٦) راجع: محكمة باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٨٨ دالوز ١٩٨٨ In.R.ap ٦٤.

(٧) استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة -٤٢- ٥٩.

المصنف والتأشير عليها باجازة الطبع والا فلا حق له فى مساءلة الناشر عن الاخطاء الواردة في المصنف[١]، وفى العقد المبرم بين الممثل وصاحب المسرح، على هذا الاخير ان يعد المسرح وان يضعه تحت تصرف الممثل لاجراء «البروفات» اللازمة قبل الافتتاح[٢]، وان على مصلحة السكك الحديدية ان تزن البضائع بمجرد وصولها الى محطة الشحن، فاذا تأخرت فى ذلك فلا وجه لان تطالب العميل باجر تخزين عن فترة التأخير[٣].

ومن تعاقد مع مقاول لاقامة مبنى يلتزم بالقيام بما عليه لبدء التنفيذ ومن ذلك تسليم موقع التنفيذ[٤]، وعلى الناقل فى عقد النقل ان يختار الطريق الاقل كلفة، وإلا فلا يسأل العميل الا عن مصاريف الطريق المعقول[٥].

* وتلتقى بعض التطبيقات السالفة الذكر مع اطلق عليه بعض الفقه - وبحق - **التزام بالتعاون** بين طرفى العقد فى تنفيذ الالتزامات العقدية. وقد استظهرت بعض الاحكام تطبيقات محددة لهذا التعاون بحسبانه انعكاسا للثقة المشروعة فى المعاملات ومظهرا قويا من مظاهر حسن النية. وتطبيقا لذلك على الدائن أن يبذل ما يجب عليه لتقليل حجم الضرر الذى يلحق به نتيجة عدم التنفيذ. فمن اشترى جهازاً أو آلة يضمنها البائع لمدة محددة، عليه ان يقوم بالصيانة البسيطة التى تؤدى الى تفادى الضرر أو التلف الاشد

---

(١) محكمة باريس ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ أشار اليه ديموج - جزء ٦ - ٢٤.

(٢) محكمة لوران، ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٠ ، ديموج -٦- ٢١.

(٣) نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠- ١-١٥.

(٤) ديموج، السابق.

(٥) نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩١٢ سيرى ١٩١٢-١- ٥٢٥ و ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٠ ١٧٧.

جسامة، وإذا تعاقد شخص على شراء كمية من البنجر وتضمن العقد بندا بتحديد السعر حسب كمية السكر فى البنجر، وجب على المدين ان يخطر الدائن للحضور عند التحليل الذي يحدد كمية السكر[١].

وفى عقد النشر يجب على الناشر ان يمكن المؤلف من فحص دفاتره لمعرفة عدد النسخ المبيعة[٢]، ومن يتعاقد مع شركة الكهرباء لتوصيل التيار الى مسكنه او متجره له ان يطلب من الشركة ان يتم ذلك تحت اشراف مهندس من قِبَلِه، وعلى الممثل او العامل الذى يمتنع عن العمل بسبب المرض أن يسمح بفحصه من جانب طبيب من قبل رب العمل، وعلى من ينقل بضائع عن طريق السيارات أو السكك الحديدية أن يسمح بفحص محتويات ما ينقله للتأكد منها ومن عدم خطورتها. وأخيرا فإن :

* من مظاهر التعاون ما يلتزم به المتعاقد قبل المتعاقد الاخر من التزام بالتنبيه او بالتحذير فى بعض صور التعاقد على المواد الخطرة فى ذاتها او الخطرة فى طريقة استعمالها، خاصة فى علاقة المتعاقد المحترف مع المتعاقد غير المحترف[٣]، بل قد يصل الامر الى القول بوجوب عدم التعاقد فى ظروف معينة، كواجب المقاول أو المهندس المحترف فى أن يمتنع عن تنفيذ منشأة فوق تربة لا تصلح لذلك[٤].

---

(١) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣- ٨٩٤، وديموج، السابق - ٣٥.

(٢) محكمة السين ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٨- ٢-٧٣ و ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دى باليه ١٩٢٠-٢-٦٣.

(٣) راجع بحث نزيه المهدى، فى الالتزام قبل التعاقدى، سبقت الاشاره اليه، و شكرى سرور عن مسئولية المنتج.

(٤) راجع : احمد عبد التواب، رسالة عن التزام مقاول التشييد بالنصيحة، سبقت الاشارة اليه.

* واخيرا فـان من مقتضي حسن النية فى تنفيذ العـقد الا يقتصـر تنفيذ العقـد على ما ورد فـيه وإنما يشـمل ايضا ما يـكون من ملحقات الـشئ محل الالتزام، والذى لا تكتمل المنفعة المقصودة إلا به. وقـد قضى بأن مؤدى المواد ١٤٨/ ٢ و ٥٦٦ و ٤٣٢ من القانون المدنى ان تسليم العين المؤجـرة لا تقتصر على مـا ورد ذكـره فى العقـد بشـأنهـا وانما يشتـمل ايضـا على مـا يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الايجار الا بها[١]. ويلاحظ ان فكرة الملحـقـات تتسـع لتشـمل الملحـقـات القانونيـة، والتى تنتـقل من احـد المتعـاقدين الى الاخر وفـقا لقواعـد الخلافـة الخاصة، كـما تشمل الملحـقات الضرورية، سواء كانت من مـستلزمات طبيعة الحق، او وفقـا لمبدأ حسن النية فى التنفيذ، والقاضى هو الذي يفصل فى هذا الوصف عند النزاع[٢].

---

(١) نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٩ طعن ٦١٩ س ٤٤ق، محمد كمال عبد العزيز، السابق، ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٢) تسليم وثائق التأمين والملكية، وكشوف الحسابات والسجلات... الخ حسب طبيعة المعقود عليه.

المبحث الثانى
سلطة القاضي فى تعديل العقد

الاصل ان العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه او تعديله، أو انهاؤه إلا باتفاق طرفيه. وقد اشرنا، فى موضع سابق، الى ان هذا المبدأ يفرض نفسه على القاضي أيضا، والذي يجب عليه ان يُنزِلَ العقد، بين طرفيه، منزلة القانون.

غير أن التطورات الاقتصادية الحديثة اقتضت ان نعطى للقاضي سلطة استثنائية فى التدخل لتعديل العقد.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٩ من القانون المدنى من سلطة القاضى ازاء الشروط التعسفية فى عقود الاذعان، اذ يجوز له ان يعدل منها او ان يعفى الطرف المذعن من حكمها، وفقا لمقتضيات العدالة التى يقدرها[١].

---

(١) راجع : انه لا يعد تعسفيا ما يفرض من شروط تمليها المصلحة العامة. راجع: نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض س-١-٥٢٩»، ان النص فى عقد الاشتراك فى الحصول على مياه من المجلس البلدى على ان المشترك ملتزم بمراقبة المواسير التى تستمد المياه من المواسير العمومية، وعليه صيانتها وحفظها بحالة جيدة، وأنه هو المسئول عنها، وعن جميع الاضرار التى تحصل بسببها، هو شرط ملزم عن قبله، وعن جميع الاضرار التى تحصل بسببها، هو شرط ملزم لمن قبله او سَلَّمَ به، فلا يجوز اهداره بمقوله انه شرط مفروض لا سبيل الى المشترك الا الاذعان له إن اراد ان يمد منزله بالماء، **فإن الاذعان قبول لا يقاس عليه قبول المكره**، ولم يجز القانون المدنى للقاضى تعديل هذه الشروط او الاعفاء منها الا اذا كانت تعسفية، ولا تعارض بين هذا النص وما ورد فى العقد ايضا من انه يجب على المشترك كلما رغب فى الكشف علي هذه المواسير ان يطلب ذلك من المجلس ويؤيده كتابة حتى يجرى المجلس ذلك ويقوم بالاصلاحات اللازمة اذا اقتضي الحال على نفقه المشترك، وانه يمتنع على المشترك ان يمس العداد او المواسير لاى سبب، فان هذه النصوص يكمل بعضها بعضا وتنظم، وبداعى المصلحة العامة، وسيلة المشترك فى المراقبة والصيانة.

وقد تطورت فكرة محاربة الشروط التعسفيـة بصفة عامة، لتتجاوز عقود الاذعـان بمفهـومـهـا التقليـدى، لتـدلف الى النظرية العـامـة لقوانـين حمـاية المستهلك، خاصة في الدول الأوربيـة. لذلك حاول بعض الفقه أن يبحث عن معيار عام لمفهوم الشرط التعـسفى من خلال الاستعانه بما صدر من قوانين فى هذا الخصوص، ومن ذلك ما ينص عليه قانون حـماية المستهلك فى فرنسا من انه في العـقـود المبـرمـة بين المهنين المحـتـرفين من جـهـة، وغـيـر المحـتـرفين والمستهلكين من جهة أخرى، يعتبـر تعسفيا كل شرط يخل بالتوازن على نحو واضح بين الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين. ومن تطبيقات ذلك حصول المهنى من المستهلك على مزايا عقدية مبالغ فيها، أو تحميله بمخاطر غير مألوفه فى التعامل، وعند الشـك يتعين تفسير بنود العـقد بما فيه مصلحـة المستهلك. (راجع ستارك وآخرين، الالتزمات، الطبعة الخامسة، رقم ٦٦٠ وما بعدها).

غير أن المشـرع المصرى تبنى أيضا نظرية لتعـديل العقد قضـائيا فى حالة نشـأة ظروف، بعد التـعاقـد، تخل بالتـوازن العقـدى، وهى النظرية المعروفـة بنظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول

نظرية الظروف الطارئـة

الاصل، كما سبقت الاشارة، أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعـديله الا باتفاق طرفـيه (م ١٤٧/ ١ مـدنى). فالمدين مـسئـول عن تنفـيذ التزامه ما لم يكن هذا التنفـيذ مستحيلا لسبب لا دخل له فـيه. أما ما هو دون ذلك من صعوبة التنفـيذ أو إرهاقه بالنسبة للمـدين فلا اثر له، بحسب الاصل على مسئوليته العقدية.

غيـر أن العقود التبـادلية تقوم عـادة على توازن مالى يقدره اطرافـها عند ابرام العقد، لكى تحقـق بالنسبة لكل منهما توازنا معـقولا وعادلا، وهو ما يتم بشكل نسبى وتقريبى في مـفهومهما. ولا تثور مـشكلة فى هذا الخصوص اذا كان العقد فورى الانعقاد وفـورى التنفيذ. حيث يحصل كل من الطرفين على ما يعتقده متوازنا مع ما اعطاه للآخـر، ويذهب الي حال سبيله، بانتهاء العلاقة العقدية بتنفيذ التزاماتهما فوريا.

غير أن المشكلة قد تثور - وقد أثيرت بالفعل - بالنسبة لطائفة من العقود التى يمتد أجل تنفيـذها ردحا من الزمن. ومن ذلك عقود الايجـار وهى عقود زمنيـة بطبيـعـتهـا، وعـقود التـوريد لاجل ممتـد، وعقـد التـزام المنافع العامـة كالكهرباء والمياه، وعقود النقل المستمـرة. ففى اثناء مدة تنفيذ مثل هذه العقود قد تتغـير الظروف الاقتصـادية، على نحو غيـر متوقع، بسبب قـيام الحرب او الحـصـار الاقتـصـادى الدولي، أو الازمـات الاقـتصـادية الطـاحنة، مما يعنى اختلاف الامـر عنه عند ابرام العقد، ويترتـب على هذا التغـيير خلل يطرأ على التوازن المالى للعقد فتختل اقتصـادياته ضد مصلحة احد طرفيه، الذى يضحى

التنفيذ بالنسبة له، وفى ضوء التطورات الاقتصادية المستجدة، مرهقا.

وقد ثار التساؤل، في ظل القانون المدنى الفرنسى، وفى ظل القانون المدنى المصرى القديم، حول ما اذا كان من الجائز مراجعة العقد او تعديله لاعادة التوازن الاقتصادى الى قدر من التناسب المعقول، بحيث نتفادى اثر الظرف الاقتصادى الطارئ والمرهق بالنسبة لاحد الطرفين؟. وقد دعى البعض الى اعطاء القاضي هذه السلطة تحت اسم نظرية الظروف الطارئة Théorie de Limprévision.

ويلاحظ مبدئيا أن طرح المشكلة على هذا النحو يقوم **على مفترض مبدئى، هو ان المشكلة طرأت بعد انعقاد العقد واثناء تنفيذه**، اذ لا شأن لها بمرحلة الانعقاد وما قد يختل فيها من توازى مالى[١،٢]. ومن **ناحية اخري** فان **المفترض الثانى** هو ان يكون الظرف الطارئ الذى يؤدى الى الخلل الاقتصادى، والذى قد يطرح امره، طارئا بعد انعقاد العقد، ولم يكن متوقعا وقت التعاقد. أما اذا كان الحادث متوقعا في هذا الوقت[٣]، فان على المدين ان يدخله فى اعتباره وان يتخذ العدة لمواجهته فى ضوء احتمالات قدراته والوسائل التى يعدها للوفاء بالتزاماته. **أما المفترض الثالث** ، فهو ان يكون من تأثير هذا الظرف **جعل التنفيذ مرهقا وليس مستحيلا**، ذلك انه اذا كان من شأن

---

(١) مثل هذا الخلل يعالج استثناء من خلال نظرية الاستغلال وبعض التطبيقات الخاصة المحدودة التى اوردها القانون المدنى (راجع ما سبق عيب الاستغلال).

(٢) راجع : محمد محى الدين ابراهيم سليم، رسالة من جامعة عين شمس، نظرية الظروف الطارئة.

(٣) ولكن يلاحظ ان الظرف الطارئ لو كان قائما عند التعاقد، وكان المدين يجهله، على نحو لو علم به لما أقدم على التعاقد، فان ذلك قد يفتح الباب أمامه للتمسك بابطال العقد لعيب الغلط، او لعيب التدليس اذا كان المتعاقد الآخر قد اخفاه عنه بوسائل احتيالية.

الظرف الطارئ استحالة التنفيذ لانفسخ العقد[١]، ولم يعد هناك مجال لاعادة التوازن المالى المفقود، لعقد انفسخ ولم يعد قائما. **والمفترض الرابع والاخير،** هو ان يكون العقد ممتدا فى تنفيذه عبر حيز زمنى يحتمل ان يطرأ خلاله ظرف استثنائي وغير متوقع. وهذه نتيجة بديهية للمفترضات الثلاث السالف ذكرها.

الموقف من النظرية فى القانون الفرنسى :

ذهب اتجاه فى الفقه الفرنسى الى الدفاع عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهو يدعو إلى إعطاء القاضي سلطة تعديل العقد، على نحو يزيل فيه الارهاق عن المتعاقد الذي يضار من نتائج الظروف الطارئة. وكانت حجتهم فى ذلك ان هذه النظرية ما هى الا استجابة لاتفاق ضمنى بين المتعاقدين مؤداه ان تنفيذ العقد منظور فيه الى الظروف الاقتصادية التى قام فى ضوئها الاتفاق، فهو لا ينفذ على الوجه الصحيح الا اذا بقيت هذه الظروف على حالها، او على الاقل لم تتغير الا في حدود المألوف المتوقعة عادة فى المعاملات. اما اذا طرأ تغير جذرى استثنائى غير متوقع فان التفسير الصحيح، لارادة المتعاقدين الضمنية، يقتضى تعديل العقد ليوائم الظروف الجديدة[٢].

وقد أضاف جانب اخر ان تطبيق النظرية هو إعمال **لمبدأ حسن النية** فى تنفيذ العقود، اذ يقتضي هذا المبدأ عدم تنفيذ الالتزام الا في حدود ما هو متوقع ومألوف في معاملات الاشخاص، اما اذا تغيرت الظروف على نحو

(٢) ولم يعد هناك مجال بالتالى الا البحث عمن يتحمل تبعه انفساخ العقد واستحالة التنفيذ.
(٢) راجع: رسالة من باريس، عرض للآراء المختلفة، حامد زكى ١٩٣٠، ومقال عن عقد التوريد وتغير الظروف، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٢- ٩٥.

غير عـادى بما يقلب التوازن المالى بينهم، فان الواجب يقتضى اجـراء التعديل اللازم[١].

وقـريب من هذا الاتجاه الـسابق مـا قـال به فريق ثالث مـن أن التمـسك بحـرفيـه التنفـيذ رغم الظروف الطـارئة هو تعسف فى اسـتـعمـال الحق تأباه العدالة، ومن يخالف ذلك يسعى الى الاثراء على حـساب المتعاقد الاخر دون حق او سبب مشروع، ويجب الا تتـاح له هذه الفرصة، وذلك باعطاء القاضي سلطة التدخل لاجراء التعديل المطلوب[٢].

*** اتجاه القضاء الإدارى الفرنسى منذ ١٩١٦ الى الاخذ بالنظرية :**

اتجه مجلس الدولة الفرنسـية الى الاخذ بنظرية الظروف الطارئة منذ سنة ١٩١٦، وكانت البـداية قضية اشتـهرت تحت اسم قضيـة غاز بوردو[٣]. فقد كانت شركـة الغاز في هذه المدينة تتولى توزيع الغاز على المشـتركين لديها فى المدينة، وكان عقد امتـيازها يحدد لها تعريفه الاستهلاك التى تتعـاقد بمقتضاها مع المستـهلكين. وكانت هذه الـتعريفـة محـددة وفقا لسـعر الفـحم قبل قـيام الحرب الـعظمى الاولى سنة ١٩١٤، وعندما قـامت الحرب ارتفـعت اسـعار

---

(١) ريبير، القاعدة الاخلاقية رقم ٨٤.

(٢) جوسران جزء ٢- رقم ٤٠٥، وبلانيول وريبير واسمان- جزء اول- رقم ٣٩٦.

(٣) وبوردو Bordeaux هى احدى كـبرى المدن الفرنسـية: حكم مجلـس الدولة منشور فى دالوز ١٩١٦-٣-٢٥ وتعليق هـوريو، وراجع: القـانون الادارى طبـعـة ١١ رقم ١٢٥ ومـا بعدها للاسـتاذ ريفيـرو، وراجع : العقد الادارى فى مـجال التطبيق للـمستشـار عبد المجـيد فياض، ١٩٨٣، ص ٢٩٣، ومـا بعدها، حيث اشار للضـوابط القضائية لتطبـيق النظرية امام القضـاء الادارى، ومنها ان تـكون الخسارة جـسـيمة وليـست مجـرد نقض في الربح ، وألا يتضمن العقد شروطا تسمح باعـادة النظر فى الاثمان، والا يكون الحادث قد وقع بعد انتهاء مدة العقـد دون الموافقة على مدها، وأن يكون قلب اقتـصاديات العقد قد اصـبح نهائيا، وان مجرد ارتفاع الاسعار ليس حادثا طارئا، اذا كان متوقعا عند التعاقد، وان الحادث الطارئ قد يتمثل فى عمل جاء من جهة الادارة، والاحكام التى اشار اليها ص ٢٩٨ وما بعدها.

الفحم ارتفاعـا كبيراً بما يؤدى الى ارهاق الشـركة لو استمرت فى الـتنفيذ مع المستهلكين بذات السـعر المحدد لها. لجأت الشركة الى قـضاء مجلس الدولة لطرح المشكلة وطلب زيادة تعـريفه الاشـتراك. قضت المحـكمة الادارية (أول درجة) برفض الدعوى على سند من قـاعدة أن العقد شريعة المتـعاقدين. عند الطعن فى الحكم، امـام مـحكمة القـضاء الادارى، انـتهت هذه المحكمـة الى نقض الحكم واعادة الـدعوى الى المحكمة الإدارية لتـعديل تعـريفة استـهلاك الغاز.

*** اتجاه القضاء العادى فى فرنسا الى رفض النظرية :**

طرحت النظرية المذكـورة أمـام محكمـة النقض الفـرنسيـة، فى نزاع بين افراد، منذ سنة ١٩٢١. فـفي قضيـة تعود وقائعـها الى هذه الفتـرة القديمة ثار نزاع بين مؤجـر ومزارع استأجـر منه ارضا زراعية، وتضـمن الاتفاق ان يزود المؤجر المزارع بعدد من قطع الماشـية ضمن اطار عقد الايجار (خـمسة رؤوس مـاشـية) واتـفق على انه عند نهـاية العـقـد يكون المزارع بالخـيـار بين أن يرد للمؤجر عـدد الماشية التى تسلمها أو ان يرد له قيـمتها المالية، وكان الـعقد قد أبرم قبل حرب سنة ١٩١٤ وانتهت مـدته سنة ١٩١٨ (أى بعد قيام الحرب). وكانت اسعار الماشـية قد تضاعفت ابان ذلك بمعدل خـمس مرات عن سعرها الاصلى، مما دفع المزارع ان يطلب مـن القضـاء الحكم له بأن رد رأس مـاشيـة واحدة، أى بذات القـيمة الاصليـة، بدلا من خمس. رفضت مـحكمة النقض هذا الطلب مقـررة أنه لا يجوز لقاضى الموضوع ان يعدل العـقد مخالفـا مبدأ شريعة المتعاقدين، ولو كان ذلك بذريعة تغير الظروف.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٦ يونيو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١-١-٧٣، وفى حكم آخـر اكثر قدما: نقض ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيرى ١٨٧٧-١-١٦١ وهى القضـية التى عرفت باسم قضـية قناة كرابون Craponne، ومنشور فى دالوز ١٨٧٦-١-١٩٣ والتعليق.

ومن هنا كان هناك تعارض تام بين قضـاء مجلس الدولة الفرنسى، الذي اجاز الاخـذ بنظرية الظروف الطارئة، وقضاء مـحكمة النقض الذي رفضـها. غيـر ان التأمـل فى هذا التعـارض يثبت ان له اسـبابا تبـرره. فمـجلس الدولة عندما اخذ بالنظرية انما كان بدافع الحرص علي اسـتمرارية المرفق العام (مرفق الغاز) فى اداء مـهمـته فى شأن سلعـة ضرورية لا غنى عنهـا للجمـهور، وان الاحترام الحرفى لشـريعة العقد قد يؤدى بالتالى الى حرمـان هذا الجمهور من تلك الخدمـة اذا تعثرت الـشركة مـاليا وعلى نحو مـرهق لها. وبالتـالى يفهم قضاء مجلس الدولة على انه استجابة لضرورة مرفقية تتصل بالمصلحة العامة، وهو ما اضطرد عليه قضاء مجلس الدولة منذ ذلك التاريخ.

أما في نطاق المنازعات الفردية وأمام القضاء العادى، فان محكمة النقض الفرنسية قـد رجحت مقتضى ان العقـد شريعة عاقديه، بما يقتـضيه هذا المبدأ، ويلازمـه، من ضـرورة اسـتـقـرار العـقـود، علـى مـسـألة العـدالة والتـوازن الاقـتصـاديين في المعـاملات. وبتـعـبيـر اخر فـان من الافـضل، فى نظر هذه المحكمـة، ان تتـغاضى عن خـلل فى التوازن المـالى العقـدى، في حـالة نزاع فردى، عن ان تهدر مبدأ شامخا فى القانون المدنى هو مبدأ شريعة العقد.

ورغم وجاهة وجهة النظر تلك، الا انها تغـفل حقيقة هامة تنطلق من ان العـقد قـد ابرم بالفعل من منظور توازن مـالى ما كـان ليتـحدد الا فـى ضوء ظروف التعاقد وملابساته القائمـة وقت الاتفاق، وهو ما عبر عنه انصار نظرية الظروف، بالشـرط الضمنـى ببقـاء الحال على مـا هو عليـه ، فاذا مـا تغيـرت الظروف تغيرا جذريا، بما يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، فان العقد لا تكون له قيمة قانونية بغير اعادة التوازن الى مستواه العادل.

* ولذلك فان مـحاولات عـديدة قد جرت لتـفادى اثار الموقف المتـشدد

لمحكمة النقض الفرنسية، ومن هذه المحاولات ما يتفق عليه الافراد انفسهم، وفقا لشريعة العقد من الاتفاق على سلم متدرج، مع مرور الوقت، لـلقيم التعاقدية وذلك بربط قيمة معينة بسعر متدرج مرتبط بسعر سلعه او عمله على مدار مدة تنفيذ العقد. وهو ما انتهت محكمة النقض الفرنسية الى اجازته فى حكم هام لها سنة ١٩٥٧[(١)].

* وتظهر المحاولة الثانية فى تدخل المشرع الفرنسى نفسه لمواجهة آثار الظروف الطارئة فى بعض الحالات، ومنها مثلا ما اجازه قانون ٩ يوليو سنة ١٩٧٥ من تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائى، وإعمال هذا التعديل على العقود الجارية، وعلى المنازعات المطروحة على القضاء عند صدور القانون المذكور. كذلك التدخل التشريعى لتعديل مدد عقود الايجار والعمل، والايراد المرتب، واجرة المنشآت التجارية، وعقد القسمة، والملكية الادبية والفنية والهبات[(٢)].

موقف القضاء والتشريع في مصر قبل صدور القانون المدنى الحالى:

أخذت بعض الاحكام القليلة، قبل صدور القانون المدنى الحالى، بنظرية الظروف الطارئة. فقد اتجهت محكمة استئناف مصر سنة ١٩٣١[(٣)] إلى تبنى هذه النظرية واسندت قضاءها الى المبادئ التى قال بها المدافعون عن هذه النظرية، خاصة انه وان كان احترام العقود مقرراً ، باعتبارها شريعة المتعاقدين،

---

(١) راجع: نقض فرنسى٢٧ يونيو سنة ١٩٥٧- الاسبوع القانونى ١٩٥٧-٢-١٠٠٩٣، حيث تعلق الامر بربط قيمة قرض بسعر القمح، راجع: ستارك، السابق، رقم ٦٠١ وما بعدها، و ١٢٢٩ وما بعدها.

(٢) راجع التفاصيل فى : ستارك ، السابق، رقم ١٢٤٣ وما بعدها.

(٣) ٩ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢- ٦٣.

ما دام تنفيذها لم يصبح مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى، الا انه يجب ان يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف. فاذا طرأت ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد وكان من شأنها ان تؤثر في حقوق الطرفين وواجباتهم بما يخل بتوازنها في العقد اخلالا خطيراً وتجعل التنفيذ مرهقا.. يجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب. ومن ناحية اخرى اشارت المحكمة الى نظرية الاثراء بلا سبب باعتبار انها تملى احترام الظروف الطارئة التى لم يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد.

غير ان محكمة النقض المصرية لم تعتمد هذا الاتجاه وسلكت مسلك صنوها فى القضاء الفرنسى. وجاء فى حكم لها سنة ١٩٣٢ ان القاضي الذى يحكم بفسخ الالتزام تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة يكون حكمه مخالفا للقانون متعين النقض، لان المشرع وان كان قد اخذ بهذه النظرية فى بعض الحالات الا انه استبقى زمامها بيده يتدخل فيما شاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة المتعاقدين كليهما، وليس للقضاء إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه[1].

(١) نقض ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد- ١-٥٢، حيث اضافت المحكمة انها لا تستطيع ان تسلك مسلك محكمة الاستئناف فى تأويل نصوص القانون على نحو ما جرت عليه.. لانها تلاحظ ان المشرع المصرى منذ ان وقعت الحرب العالمية التى اخلت بالتوازن الاقتصادى فى الحقوق والواجبات المترتبة على كثير من العقود اخلالا دونه الاخلال المدعى به فى صورة الدعوى الحالية، قد اكتفى - أى المشرع - بمعالجة هذا الاختلال بما رآه وقتئذ من وقف الاجال واعطاء المهل والتدخل في ايجارات الاطيان والاماكن المبنية للسكني وتحديد اسعار المواد الغذائية والحاجية وغير ذلك.. تاركا العقود الاخرى خاضعة لاحكام القانون والمبادئ العامة، ايضا نقض ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد -٥-٤٣٥: ليس فى القانون المدنى ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد.. بل عليه ان يطبق القانون كما هو. فى ذات المعنى استئناف اسيوط ١٥ يناير سنة ١٩١٢ المحاماه س ٢٢-٦٨٣ حيث قضت انه ليس للمحاكم ان تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ==

موقف القانون المدنى المصرى الحالى :

اتجه القانون المدنى المصرى الى تنبى نظرية الظروف الطارئة فى المادة ١٤٧/ ٢ مدنى. فبعد ان قررت الفقرة الاولى من المادة المذكورة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين اضافت في فقرتها الثانية، «ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الي الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

وقد ثار جدل، فى لجنة مجلس الشيوخ قبل اقرار هذا النص حيث اعترض عليه بعض الاعضاء بحجة انه قد يفتح الباب امام المنازعات والمشاكل اذ ان اقل حادث سياسى قد يؤدى الى ارتفاع الاسعار او انهيارها، ومن المستحسن بالتالى ترك الامر لحكمة القضاء، غير ان الرأى انتصر للاخذ بالنظرية وفق صيغتها التى استقرت عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ سالفة الذكر[١]. ويلاحظ ان هذه الفقرة ٢ فى صياغتها تالية للفقرة الاولي،

== التى اقرها مجلس الدولة الفرنسى ، بل عليها ان تحكم بتنفيذ العقود كما هى وتفسيرها والا تدخل اى تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين.

ويلاحظ ان المشرع قد تدخل في حالات محددة منها المرسوم بقانون الصادر فى ٩/ ٨/ ١٩١٤ بتأجيل سداد بعض الديون - والقانون رقم ٣٢ لسمة ٣٢ فى شأن تخفيض الايجارات الزراعية - والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٣٩ فى شأن تخفيض الديون العقارية - والقانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن التزامات المرافق العامة.

(١) الى جانب ذلك، يلاحظ ان المشرع اخذ ببعض التطبيقات المتفرقة للظرف الطارئ فى حالات خاصة ومنها ما نصت عليه المادة ٣٤٦/ ٢ مدنى من اعطاء القاضى سلطة اعطاء المدين نظره ميسرة بضوابط محددة، والمادة ٦٠١/ ٢ مدنى والتى تعطى لورثة المستأجر حق طلب انهاء العقد اذا اثبتوا ان اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم بسبب موت ==

مسبوقه بتعبير «ومع ذلك» ترجح معنى الاستثناء فى تطبيقها، اذ تظل القاعدة العامة متمثلة فى ان العقد شريعة المتعاقدين. ومع ذلك فان الفكرة التى تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة تتسق بطريق غير مباشر مع ما اوردته الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدنى من ان المدين لا يلتزم- من حيث المبدأ - الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

وفى ذلك تعلق المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى، ان نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التعويض، اذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ... بان المدين لا يلتزم الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»، ويجوز بفضل هذه النظرية ان يقتصر التنفيذ العينى الى حد بعيد على ما كان فى الوسع ان يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد».

== مورثهم، او اصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم، والمادة ٦٠٩ التى تجيز للموظف او المستخدم اذا اقتضي عمله ان يغير محل اقامته أن يطلب انهاء ايجار مسكنه.. والمادة ٦١٦/ ٢ مدنى فى شأن الايجار المرهق والتى تجيز للمستأجر انقاص الاجرة اذا هلك بعض الزرع وترتب على ذلك نقص كبير فى ريع الارض، والمادة ٦٥٨/ ٤ مدنى والتى تجيز للقاضى فى عقد المقاولة ان يحكم بزيادة الاجرة او بفسخ العقد اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من المقاول ورب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت العقد، وتداعى بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، والمادة ١٠٢٣/ ٢ مدنى فى شأن الارتفاق والتى تجيز تغيير موقع الارتفاق اذا اصبح مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به.. اذا كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً بقدر موضعه السابق والمادة ١٠٢٩ مدنى التى تجيز لمالك العقار المرتفق به ان يتخلص من الارتفاق اذا فقد هذا الارتفاق كل منفعه للعقار المرتفق او لم يبق له سوى منفعه محدوده لا تتناسب مع العبء الواقع على العقار المرتفق به. ويلاحظ ان موجبات التعديل فى بعض التطبيقات السابقة هى اقل جسامة من العذر الطارئ بالمعنى الفنى الدقيق.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة ١٤٧/ ٢ مدنى :

أولا - العقود التى تنطبق عليها النظرية :

تفترض هذه النظرية. كما سبق أن اشرنا، ان العقد متراخى التنفيذ، وان ظروفا استثنائية عامة طرأت اثناء هذا التنفيذ فجعلت تنفيذ الالتزام مرهقا...الخ، واول ما يلاحظ في هذا الصدد هو انه لا يتصور تطبيق النظرية اذا كان الالتزام قد انقضى بالوفاء به[1]، أى بتنفيذه فعلا، كما يفترض ان الالتزام الذى طرأ الحادث الاستثنائى فجعله مرهقا، مازال قائما لم يتغير. فاذا كان الالتزام الاصلى قد تغير، دون تعديل المقابل، فلا محل لتطبيق النظرية وان كان للمحكمة ان تلزم الطرف الآخر بفرق السعر حتى تتوازن الالتزامات وفقا للعدالة عملا بالمادة ١٤٨/ ٢ مدنى .

ويلاحظ من ناحية اخرى فانه لا وجه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا كان موعد التنفيذ المحدد فى العقد سابقا على نشأة الظروف الطارئة وكان المدين هو الذي تأخر فى التنفيذ بخطئه.

* ولعل من الواضح ان جوهر النظرية يقوم على وجود فترة من الوقت بين ابرام العقد وتنفيذه، لذلك اتجه رأى الى القول الى ان النظرية لا تطبق الا على عقود المدة، وذلك على اساس ان هذه العقود تتسم بطابعين يبررا تطبيق هذه النظرية. الطابع الاول هو التعاقب فى اداءات الالتزام من خلال المدة ، والثانى ان هناك توازنا بين الاداءات المتقابلة للطرفين من منظور مالى، وبالتالى فان عقود المدة تتضمن ما اطلق عليه الشرط الضمنى ببقاء ظروف

---

(١) اما اذا كان جزء من الالتزام لم ينفذ فانه يجوز اخضاع هذا الجزء لنظرية الظروف الطارئة.

التعاقد على حالها، أما العقد الفورى فلا يجوز ان تطبق عليه النظرية، ولو كان تنفيذه مؤجلا او مجزأ على فترات زمنية متعاقبة[١].

* غير ان هذا الرأى السابق لم يلق قبولا من قضاء محكمة النقض المصرية[٢] التى مدت تطبيق النظرية الى العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، شأنها شأن عقود المدة، أى طبقتها على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فاصل زمنى. فقد قضت بأنه لا يشترط فى تطبيق المادة ١٤٧/ ٢ مدني ان تكون الالتزامات المتقابلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارئ وصار تنفيذه مرهقا للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه او كان تنفيذه متراخيا[٣] «وانه يبين من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى ان المشرع فى اطلاقه التعبير بالالتزام التعاقدى لم يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه بل اورد النص بصيغة عامة تتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا بما يجاوز حدود السعة. ومن ثم فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين، وذلك لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين، وهى اصلاح ما أختل من التوازن الاقتصادى

(١) راجع : عرض عبدالحى حجازى، العقد، ١٩٦٢، رقم ٣٦١، نزيه المهدى، السابق، ٢٣٩.

(٢) راجع : نقض مدنى ٢٠ دسمبر ١٩٦٢، مجموعة احكام النقض س ١٣- ١١٧٩ و١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض س ١٢- ٤٦٦. وراجع السنهورى، رقم ٤٣٠.

(٣) نقض ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض، س ١٤- ٣١٧.

للعقد، فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه، نتيجة للظروف الاستثنائية[1]. ذلك ان الباعث على حماية القانون التى قصد منها رفع العنت عن المدين واصلاح ما اختل من التوازن العقدى، نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة، هذا الاختلال كما يقوم في الإلتزامات المؤجلة التنفيذ يقوم فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية[2].

والحق ان مذهب محكمة النقض السابق عرضه هو مذهب سديد تماما، ذلك ان النظرية تقوم على سند من العدالة. وهذه العدالة لا تميز بين عقد فورى مؤجل التنفيذ، وعقد مدة متراخى التنفيذ. فامر النظرية لا يستقيم الا عندما يطرأ ظرف استثنائى قبل تنفيذ العقد كله اوبعضه. وهذه المسألة لا تختلف فيها العقود بحسب نوعها، ويؤكد هذا، كما قررت محكمتنا العليا - من عمومية الصياغة فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى، والتى تقتضي ان يحمل اللفظ على عمومه ما لم يخصصه المشرع.

---

(١) نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤-٣٧ و ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض س ١٦-١٩١.

(٢) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٣-١١٧٤، وقد طبقت المحكمة النظرية على التزام المشترى بدفع الثمن مؤجلا، ثم صدر قانون الاصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وادى الى انخفاض اسعار الاراضى بشدة، واعتبرته المحكمة امراً استثنائيا طارئا وغير متوقع يستوجب تطبيق النظرية المذكورة، رغم ان عقد البيع عقد فورى، راجع، السنهوري، السابق، سليمان مرقص، رقم ٢٧٢. وقد تدخل المشرع صراحة - في حينه - بأن اصدر القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ ونص في المادة الاولي منه على انه اذا كان عقد البيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وكان الاجل المعين للوفاء بالثمن كله او بعضه يحل اصلا بعد هذا التاريخ تحمل كل من البائع والمشترى نصف الفرق بين ثمن المستولي عليه من الارض المبيعة والتعويض المستحق له، على الا يجاوز ما يتحمله البائع الباقى من الثمن، وذلك كله دون اخلال بحقوق الطرفين طبقا لاحكام القانون المدنى بالنسبة لباقى الصفقة». وقد اعتبرت محكمة النقض ان هذا القانون هو تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة: نقض ٧ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض س ١٥- ٦٠٧.

واذا استقام الامر علي هذه المعانى السابقة، فلا فرق فى العقود من حيث كونها ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد[1]، ما دام ان الجوهرى فى الموضوع هو وجود فاصل زمنى بين التعاقد والتنفيذ. ومن ناحية ثانية يستوي ان يكون الفاصل المشار اليه طويلا ام قصير المدة.

كما يستوى ان يكون الفاصل بحكم الاتفاق (أجل اتفاقى)، ام كان ذلك بسبب احنبي ادى الى وقف تنفيذ العقد مؤقتا. ويشترط فى هذه الحالة الاخيرة ان يكون السبب اجنبيا بالمعنى الصحيح، أى غير راجع الى خطأ المدين، كما سبق ان اشرنا. فالمدين المخطئ يتحمل مغبة خطئه، ولا يجوز له ان يحملها للدائن. وبالتالى فلا يجوز للمدين ان يتمسك بالظرف الطارئ اذا حدث ذلك بعد اعذاره بالتنفيذ فى الموعد المحدد وتقاعس عن هذا التنفيذ.

الشرط الثانى : ان يكون الحادث الطارئ حدثا عاما ليس فى الوسع توقعه:

تطلبت المادة ١٤٧/ ٢ مدنى ان يكون الحادث استثنائيا وعاما. ومن ذلك الحروب والزلازل والاضراب العام المفاجئ أو الوباء العام الاستثنائى، أو انهيار اقتصادى غير عادي وغير متوقع. وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يكتفى بوصف «الاستثنائى». ولكن لجنة المراجعة اضافت وصف «العمومية»، ومفاد هذه الاضافة ألا يدخل فى نطاق الظروف الطارئة ما يكون

---

(١) يلاحظ ان النظرية لا تطبق على العقود الاحتمالية لانها بطبيعتها تعرض المتعاقدين لاحتمال كسب كبير او خسارة فادحة، نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض س ١٤ – ٣٧، وقارن عبد الحى حجارى الذى يرى ان ذلك صحيح فى شأن الاحتمال الخاص بالعقد والمرتبط بطبيعته، اما اذا وردت الظروف الطارئه على اداء عقدى لا صله له بالاحتمال الخاص بالعقد فان النظرية تصبح واجبة التطبيق : رقم ٣٦٦.

خاصا بالمدين» بل يجب ان تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الارض، او غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء».. وبالتالى فلا يعتبر كذلك حريق المحصول مثلا[١] أو انتشار الدودة وخصوصا فى مناطق شمال الدلتا... لانه خطر مصدره الاهمال ويمكن دفعه، فضلا عن انه خطر متوقع، وبذلك لا ينطبق عليه النص..»[٢].

وفي بيان **الصفة الاستثنائية** العامة تقرر محكمة النقض المصرية انه يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته ان يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع»[٣]. وتضيف ان المعيار فى توافر ما اشترطه النص، في وصف الحوادث المشار اليها، من انها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها، هو الا يكون في مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا ام لم يتوقعه، وتقدير هذا الامر يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على اسباب سائغة[٣].

* ومفاد ما سبق ان عدم التوقع مظهر من مظاهر الصفة الاستثنائية للحادث الطارئ، وأن قياس التوقع من عدمه هو عند لحظة ابرام العقد. **ويخضع هذا القياس لمعيار وقيد.**

* **أما المعيار فهو معيار التوقع من جانب الرجل العادى**، أى انه معيار موضوعى. فاذا كان الحادث متوقعا بالنسبة للرجل العادى من اواسط أمثال

---

(١) راجع : عبد الحى حجازى، السابق.
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية -٢- ٣٣٨٢.
(٣) نقض ٥ مايو سنة ١٩٧٠ المحاماة س ٥٣- ٥٤.
(٤) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س٢٦- ٥١٥.

المدين، فانه لن يجدى هذا المدين ان يتمسك بانه هو شخصيا لم يتوقع الظرف الطارئ. وقد حكم فى هذا المعنى بأنه اذا حصل التعاقد بعد وقوع الحرب علي ان يستمر مفعولة لمدة سنة واحدة فإن اشتداد اثر الحرب خلال هذه السنة وتأثيره على الاسعار نحو الصعود بحيث يجعل التزام المدين مرهقا لايبرر انقضاء التزام المدين ولا تعديله، لان هذا الاثر كان متوقعا عند التعاقد[1].

أما القيد فهو انه لا اثر للظرف الطارئ اذا كان في وسع المدين ان يتفادي نتائجه. فالمدين ملزم بأن يتوقى ما يمكن توقيه، حرصا على الوفاء بالتزامه، فإن لم يفعل فلا يجوز له ان يتحصن بأن الظرف كان طارئا واستثنائيا[2] ولو كان غير متوقع الحدوث.

الشرط الثالث: ان يترتب على الظرف الطارئ الارهاق فى تنفيذ الالتزام:-

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يترتب عليها صيرورة تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، والارهاق غير الاستحالة. فهذه الاخيرة تؤدى إلى انفساخ العقد تلقائيا. أما فى حالة الارهاق فان التنفيذ ممكن ولكنه يكلف

---

(١) محكمة ميت غمر الجزئية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماه س ٢٢- ٧٨٩. ونقض ١١ نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠- ١١٩٣ و ٤ مارس ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س ١٦- ٥١٥..

(٢) السنهوري، رقم ٤٢٠، وسليمان مرقص، رقم ٢٧٣، وراجع ما قضي به من ان صدور قانون تخفيض ايجار الاماكن ينفى وصف المفاجأة عن القوانين اللاحقة التى نهجت ذات النهج، نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٣- ٦٢٩، كما قضى بأن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفى لتطبيق النظرية : نقض ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض س١٤ - ٣٤٧ و ٩ يونيو سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س ٢٦- ١١٦٣.

المدين خسارة فادحة على نحو يخل بالتوازن المالى للعقد، ولذلك فان هذا الارهاق لا يتوافر اذا كان التنفيذ قد اصبح اكثر تكلفة فقط من ذى قبل، او كانت الخسارة الناجمة عنه خسارة معتادة مما يجرى التعامل فيه ومعه، وبالتالى لا يعد ارهاقا للمدين مجرد ارتفاع الاسعار او هبوطها وفق ما جرى عليه السوق والتعامل.

ويلاحظ من ناحية أولى، أن الارهاق المشار اليه يقاس بمقياس موضوعى لا شخصى، وبالتالى فلا ينظر فيه الى درجة قدره المدين الشخصية على تحمله او عدم تحمله، بل ينظر فى شأنه إلى قدر الخسارة فى ذاتها وهل تدخل فى حدود المألوف أو تتجاوزه. ويعتبر هذا التحديد نتيجة منطقية لمفهوم نظرية الظروف الطارئة ذاتها. فهذه النظرية تقوم على حماية التوازن الاقتصادى للعقد، أى إبقاء اقتصادياته قائمة، بقدر الامكان، وفق منظور وقت التعاقد.

ومن ناحية ثانية، فانه يترتب على المنطق السابق الا يدخل فى الاعتبار أى عنصر يتعلق بثروة المدين او حالته الاقتصادية، فلا فرق، فى الاستفادة من النظرية، بين مدين واسع الثراء وغيره، أو بين فرد ودولة، أو منشأة مالية ضخمة. فقد تستفيد من هذه النظرية مثلا الدولة أو شركة واسعة الثراء، فالعبرة هى باقتصاديات العقد وما طرأ عليها من خلل واضح نتيجة الظرف الطارئ.

وقد قضى تطبيقا لذلك أنه متى كان الحكم المطعون عليه لم يجاوز، وهو بصدد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة، النطاق الواجب التزامه فى تحقيق شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة للمشترى، اذ نظر الى الصفقة ذاتها، مدللا من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط، وكان ما قرره فى شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية، مما يدخل فى السلطة

التقديرية لقاضى الموضوع فـانه لا يمكن النعى عليه بانه قد خالف القانون[١].

ولذلك فاذا التزم تاجر بتوريد قمح، وكان قد خزن منه كميات كبيرة، دون ان يتوقع ارتفاع السعر، ودون ان تكون هناك صـلة بين هذا التخزين وبين التزامه بالتوريد، ثم ارتفع السعـر بسبب حادث طارئ إلى اضعاف مضـاعفة، فان له ان يتمسك بنظـرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها بالـنسبة للعقد والصـفقة التى تعاقد عليها، أما ما يجنيه من كسب بسبب التخزين فلا شأن للدائن به[٢] غـير ان ذلك مـشـروط - كمـا سـبقت الاشـارة - بالا يكون المدين قـد بادر تلقائياً بتنفيذ العقد، رغم الظرف الطارئ، ففى هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالنظرية.

أثر توافر شروط نظرية الظروف الطارئة :

اذا توافرت شروط الظروف الطارئة «جاز للقـاضى تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان يرد الالتزام المرهق الى الحـد المعقول». ووفقا لهذا النص فان للقاضي ان يسلك أحد طرق ثلاث[٣]: -

الطريق الاول : هو انقاص الالتزام المرهق. ومن ذلك ان يتعاقد تاجر على توريد كـميـات من الخـشب او الفـحم أو السكر أو الغـلال.. ثم يطرأ ظرف استثنائى يؤدى الى نقص الكميات المتاحة فى السوق وزيادة سعرها.

فى مثـل هذه الحالة قد يـرى القاضى فى انقـاص الكميـة التى تعهـد بها المدين حلا عادلا وكافيا. واذا امـتنع المدين، رغم هذا التعديل، عن الوفاء كان

---

(١) نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض س ١٢- ٧٥٢.
(٢) السنهورى، رقم ٤٢٠، سليمان مرقص، السابق، رقم ٢٧٣.
(٣) راجع : نزيه المهدى، السابق، ٢٥٢.

للدائن أن يطلب تطبيق القواعد العامة فى المسئولية العقدية كما ان له ان يطلب الفسخ والتعويض.

الطريق الثانى : زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق :

وفي هذه الحالة تقضى المحكمة بزيادة التزام الدائن، لاحداث التوازن العادل والمطلوب. ومن ذلك رفع ثمن سعر التوريد عن الثمن المتفق عليه، ويلاحظ ان القاضي، في هذه الحالة، لا يرفع السعر الى حدود سعر السوق. لانه لو فعل ذلك لتحمل الدائن كامل عبء الظرف الطارئ، وهذا غير جائز، انما يجرى التعديل على نحو يتحمل فيه المدين الزيادة المألوفة فى السعر، ثم يقسم ما زاد عنها من زيادة غير مألوفة فى الالتزام، فيتحملا معا عبء الظرف الطارئ، فى هذه الحدود.

* ويلاحظ أن المحكمة حين تجرى تعديلا للعقد باحد الطريقين المذكورين، انما تجريه فى ضوء ظروف الوضع الراهن عند صدور الحكم، أي بالنسبة للوضع القائم فى هذا الوقت، وبالتالى لا شأن لهذا التعديل باحتمالات المستقبل وما قد يحدث فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي حين يختار - في حدود سلطته التقديرية - الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنه

بين مصلحة كـل منهما[1] وباعـتـبار أن ذلك أقـسط فى مـراعـاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين»[2].

الطريق الثالث : وقف العقد :

قد يقـدر القاضى ان الظروف الـطارئة عارضة ومـؤقتـه، وان مصـيرها، بالتالى، الى زوال قـريب، فيقرر وقف العقـد (بدلا من تعديله) والى ان تزول هذه الظروف الاسـتثنائيـة، فاذا زالت عـاد العقـد الى مسـيرته بذات شـروطه وضوابطه الاتفاقية[3].

* واخيرا، نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ان يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». ومؤدى ذلك ان اى اتفاق مسـبق على استبعاد النظرية يقع باطلا لا يعتـد به. وهو حكم قصـد به حمـاية المدين من ان يضطر مقـدما الى التنازل عن الحماية القانونية المحتملة التى اسبغها عليه المشرع.

ويلاحظ، فى هذا الشـأن، أن الحكم السـابق لا يعـنى أن نظرية الظروف الطارئة تتعلق بالنظـام العام. فالفقـرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى تضع قـاعدة حمائية لمصلحة خاصة فى فترة محددة من فترة وقت التعاقد. ففي هذه الفترة لا يجـوز النزول مقـدما عن الحناية القـانونيـة المذكورة، ويؤكـد هذا المعنى ان القـاضى لا يملك ان يطبق النظرية من تـلقاء نفسـه، بل لابد ان يتـمسك بهـا المدين صاحب المصلحـة فى تطبيقهـا، كما انه يجوز لهـذا المدين ان ينزل عنها بعد ابرام العقد عدما ينشأ له الحق فى التمسك بها.

---

(١) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٣-١١٧٩.

(٢) نقض اول مارس ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض س ٢٨- ٦٠٠.

(٣) يلاحظ ان المشرع اعطى للقاضي سلطة الموازنة واختيار الحل المناسب. وهو يملك هذا الخيار دون ان يتقيد بالحل الذى يطرحه الدائن أو الذى يطرحه المدين.

الباب الثالث
المسئولية العقدية وانحلال العقد
الفصل الأول
المسئولية العقديـــة

المسئـولية العـقدية تعنـى التزام المتـعاقد الذى أخل بـالتزامه بـأن يعوض الطرف الاخر عما لحقه من ضرر. وتتحـقق هذه المسئولية سواء فى حالة عدم التنفـيـذ أو في حـالة التنفـيذ المعيب. ولابد مـن توافر ثلاثـة شروط لتـحـقق المسـئوليـة العـقدية: - الاخـلال بإلتـزام عقـدى، تحـقق ضـرر للدائن، رابطة السببية بين الاخلال(وهو الخطأ العقدى) وبين الضرر.

المبحث الأول
الاخلال بالالتزام العقدى (الخطأ العقدى)
المطلب الاول
مفترض المسئولية العقدية: وجود علاقة عقدية

لا تكون المسئـولية عقـدية الا اذا وجدت علاقـة عقديـة بين الطرفين فاذا انتفى العقد انتـفت المسئولية العقدية. ويترتب على ذلك ان لحظة مـيلاد العقد هى التى تحدد لحـظة بدء المسئوليـة العقـدية. وبالتالى فكل ضرر يـلحق بأحد طرفى المفاوضـات العقدية يكون مـجال التعويض عنـه وفق قواعد المسئـولية التقصيرية.

وحاصل ذلك انه اذا انتفت العلاقة التعاقديه أصـلا فلا مجال للمسئولية العقدية، من ذلك ان يستضيف شخص صديقه على الغذاء (انتفاء نية التعاقد) فيـصاب هذا الصديق بحالة تسـمم، كذلك لو ان عابر سـبيل دخل الى دورة

ميـاه احد الفنادق، دون ان يكون نزيلا على أى نحـو كان[١]، فانزلقت قدماه فاصيب بجروح. فى هاتين الحالتين لا يوجد عقـد، وبالتالى لا يتوافر مفترض المسئولية العقدية.

كذلك الحال في كل حـالة يحدث فيها الـضرر قبل بدء تنفيذ العـقد فلا مسئولية عقدية على هيئة السكك الحديدية عن الاضرار التى تلحق بالمسافرين قبل الدخـول الى منشآتهـا.. ولا تتوافر المسئوليـة العقديـة عن الاضرار التى تلحق بطلـبه المدارس نـتيـجـة تزاحـمـهم للصـعـود إلى اتوبيس يـنقلهم الى المدرسة.

وقد اثيـر تساؤل حول طبيـعة المسئـولية عن الاضرار التى تلحق بعـملاء المحلات التـجارية الضـخمـة حال تجوالـهم فى المحل دون نية الشـراء، اذا ما اصيبوا باضـرار نتيجة لحوادث اثناء ذلك، اذ لا تقوم عـلاقة تعاقديه بين المحل والعمـيل الا عند الشراء وسـداد الثمن[٢]، ومع ذلك ذهبت مـحكمـة النقض الفرنسية الى القول بأن المسئولـية، فى المحلات العامة، فى صدد الاضرار التى تلحق بالمترددين، هى مسئولية عقدية[٣].

وإذا شرع طرفـان في ابرام عقد ولم يـتم، فان ما قـد يدعيه احـدهما من اضرار ترتبت على قطـع المفاوضات بطريقـة خـاطئة او تعسـفيـة، إنما يدخـل

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٢ مارس عام ١٩٧٧ دالوز ١٩٧٧. in Rap ص ٤٣٧.
عن انتفاء العقـد بالنسبة لشخص دخل الى دورة مياه بوفيـه محطة السكك الحديدية فانزلق على السلالم واصـيب، ولم يكن ضمن عـملاء البوفـية، وقد رفـضت دعواه المؤسـسة على المسئولية العقدية.

(٢) راجع : روبييه، رسالة من ليون ١٩١١ عن المسئولية فى المرحلة قبل التعاقدية.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٥ يونيو سنة ١٩٩٠، الاسبوع القانونى ١٩٩٢-١- ٣٥٧٢ وملاحظات فينى

فى اطار المسئولية غير العقـدية. ويشترط، فى هذه الحالة، أن تكون المفاوضات قد قطـعت شوطا هامـا وكانت مـفاوضات جـادة. ومن أمثلة ذلـك أن تدعو احدى الشركات شركة اخرى لكى تكون وكيله عنها فى تسويق منتجاتها، فى نطاق جـغرافى معين، فـتقـوم هذه الشركـة الأخيـرة بعمل دراسـات جدوى مـرتفعـة التكاليف ثم تدخل في مـفاوضـات لابرام العـقد، ثم تفـاجئ بقطع المفـاوضات مـن جانب الطرف الاخـر على نحـو خـاطئ. ولا شـك ان قطع المفاوضات قد يعد خطأ تقصيريا وليس خطأ عقديا[1].

ومن ناحية اخرى يصح التساؤل حول طبيعة المسئولية الناتجة عن العدول عن الايجاب، ويلاحظ، في هذا الـصدد، ان الايجاب الملزم يسـتند، فى قوته، الى ارادة صاحبه، فـهو عمل ارادى من جانب واحد. ويتفق بالتـالى مع العقد فى هذا الجوهر الرضـائى. لذلك فالأرجح أن التعويض عن اضـرار العدول، غير القانونى يخضع لقواعد المسئولية العقدية.

وأخيرا فـان القضاء ببطلان العقـد، سواء بسبب توافر سـبب من اسباب البطلان المطلق او البطلان النسبى، يؤدى الى استحقاق تـطبيق قواعد المسئولية التقصيرية وليس العقدية. فالقـضاء بالبطلان يعدم العقد منذ ميلاده، وكأنه لم يوجد في أى وقت من الاوقات. كما يلاحظ ان العقد ولو لم يقضي ببطلانه، فى حالة البطلان النسبى، لعدم طلب ذلك من جانب صاحب المصـلحة، فان بقاءه لا يمنع من طلب الـتعويض عمـا لحق أحد المتعـاقدين من اضرار سـابقة على التـعاقد، كطلب الـتعويض عن اضـرار التدليس، وفى هذه الحـالة يكون

---

(١) نقض تجارى فرنسى ٢٠ مارس ١٩٧٢ الاسبوع القانونى ١٩٧٣-٢- ١٧٥٤٣. والتعليق و ٩ فبراير عام ١٩٨١ دالوز ١٩٨٢- ص ٤ والتعليق.

التعويض على اساس المسئولية التقصيرية ايضا.

- غير ان وجود رباطة عـقدية قد تحيطه بعض الصعـوبات فى حالات متـعددة. وفى هذه الحـالة لابد أولا من ثبـوت وجود عقـد حتى يمكن الـقول بوجود مسئولية عقدية. ونعرض فيما يلى أهم هذه الصعوبات :

(١) قد تثور صعوبة قانونية، وواقـعية، فى البحث عن مدى وجود رابطة عقدية بين طرفين. وقد يحيط الاجابة عنها بعض من التردد احيانا. ومن ذلك التردد ما احاط بعـلاقة بعض المهنيين بعملائهم، مثل عـلاقة الطبيب بالمريض، وقد ظل الامـر يعالج فى فـرنسا، حتى سنة ١٩٣٦، على اساس عـدم وجود علاقـة عقـدية، وبالتالـى تضحى المسـئوليـة قائمـة على اساس غـير تعـاقدى (تقـصيـرى) إلى ان تغـير وجـه القـضاء الى الـقول بوجـود عـقد، وبالتـالى بالمسئـولية العـقدية (فى فرنـسا منذ سنة ١٩٣٦ وفى مصـر منذ سنة ١٩٦٩). غير ان هناك قطاعات اخرى مازال الشك يحيط بـتكييفها بين النطاق العقدي والنطاق التقصيـرى. ومن ذلك مثلا علاقة الموثق فى فرنسـا بالمتعاملين، حيث لا تربطهم به علاقة عقدية، مما دفع القضـاء الفرنسى إلى أن يضع المسئولية فى الاطار التقصيرى[١]، وكـذلك الحال بين مـؤسسـات التعليم العـامة وأوليـاء الامـور، حيـث لا يرتبط الطرفـان برابطة عـقـدية[٢]، وعـلاقـة ادارة احـدى المطارات، الذى يستغل مكانا مـخصصا للانتظار، ومن يتركون سـيارتهم فيه، ففى هذه الحالات اتجهت الاحكام الى المسئولية التقصيرية[٣].

---

(١) نقض مدنى فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٨٧ بلتان المدنى -١- رقم ١٢، ١٧ مارس سنة ١٩٩٣ بلتان المدنى -١- رقم ١١٥، و ١٠ يناير سنة ١٩٩٥، اشارت اليه فينى، ص ٣٢٣.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٨٧، الاسبوع القانونى، ١٩٨٧ -٤- ص ١١.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٨٤، دالوز ١٩٨٥، ص ١٣٢.

وعلى العكس قضي بالطبيعة العقدية للمسئولية بين منظم احدى المسابقات الرياضية واحد النظارة الذي اشترك واصيب اثناء ذلك[١]، وأيضا مسئولية صاحب العمل عن اصابه طفل احد العمال الذى اصيب فى صالة تدريب رياضى، وكان رب العمل قد وضع فى الصالة محركا ميكانيكيا[٢].

(٢) اثيرت ذات المسألة أيضا فى صدد الاعمال التطوعية التى تتم بين طرفين دون مقابل. فعندما يصاب من تلقى العمل او الخدمة المجانية بضرر يثور السؤال حول طبيعة علاقتهما، وهل هى عقدية، أم غير عقدية، وبالتالى حول تسكين المسئولية في احد هذين النطاقين. وقد دافع بعض الفقه عن الطابع العقدى لتلك العلاقة[٣]. وفى نطاق الاحكام القضائية، فى فرنسا، لا يوجد اتجاه واحد في الموضوع. فبعض الاحكام تبنت المسئولية التقصيرية فى حالة اصابة المسافر مجانا (النقل المجانى)، بل وفى حالة ما اذا كان هناك مقابل جزئى للنقل، كما لو اتفق الناقل مع المسافر على اقتسام تكاليف السفر[٤]. كما طبقت احكام المسئولية التقصيرية فى حالات اخرى لاداء الخدمات المجانية[٥].

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٦ بلتان المدنى -١- رقم ٥٢١.

(٢) محكمة Metz ١٩ فبراير سنة ١٩٧٦ دالوز ١٩٧٦. in Rap ص ٢٩٤.

(٣) راجع : Huet المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، رسالة من باريس سنة ١٩٧٨.

(٤) نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٩٤ الاسبوع القانونى ١٩٩٤ -١- ٣٧٨١.

(٥) نقض مدنى فرنسى ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ ملخص ص ٤٨، وكان فى شأن اصابة شخص كان يتعلم قيادة السيارة بدون مقابل، و ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٤ ملخص ص ٧٣، محكمة نانسى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ الاسبوع القانونى ١٩٧٨-٤- ص ٢٧ محكمة باريس ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٤ الاسبوع القانونى ١٩٧٨-٤- ص ٧، محكمة باريس ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٤ الاسبوع القانونى ١٩٩٤-٤-٢٤٥١، ونقض مدنى فرنسى ١٨ مارس سنة ١٩٩٢ الاسبوع القانونى - ٤- ١٥٢٥.

ومع ذلك فهناك احكام اخرى اخضعت علاقات مجانية للمسئولية العقدية، أى انها لم تعتبر ان انتفاء المقابل ينفى الطابع العقدى للعلاقة، كما في حالة الاصابة اثناء تقديم مساعدة تطوعية[١].

والحقيقة، فى رأينا، هو أنه لا يجوز النظر الى كون العلاقة بمقابل أو بدون مقابل للقول بنوع المسئولية بين الطرفين، انما يتعين العودة الى البحث فى اصل المسألة من حيث مقومات العقد فنيا، ومن أهم مقومات التعاقد ان يتوافر لدي الشخص نيه الالتزام المدنى. ومن هذا المنطلق يكون البحث الصحيح فى المسألة، بمعنى ان هذا البحث يبدأ بحثا عن توافر نية الالتزام بالمعنى التعاقدى أم لا ؟ فإذا تخلفت هذه النية فان الرابطة لا تكون رابطة عقدية، والاخلال بها، بالتالى، لا يكون اخلالا عقديا يستوجب تطبيق المسئولية العقدية. واذا توافرت نية الالتزام كانت الرابطة عقدية، وكذلك الاخلال بها، وكذلك المسئولية الناشئة عن هذا الاخلال. ويبقى بعد ذلك ان مجانية العمل قد ترجح، عند البحث، المضمون غير التعاقدى، ووجود المقابل، يرجح علي العكس، المضمون التعاقدى. ولذلك فان المحكمة قد تستظهر علاقة تعاقدية رغم انتفاء المقابل، اذا استظهرت نية الالتزام من خلال توافر مصلحة لا تتخذ بالضرورة صورة المقابل المادى المباشر، كأن يتفق طرفان على تبادل المساعدة فى اعمال جمع المحصول، على سبيل التبادل. وقد يقدر القاضى فى مثل هذا الغرض، ورغم تبادلية الخدمة، عدم توافر المعنى التعاقدى[٢]. والامر رهن بتقدير وتقييم الظروف التى نشأت فيها مثل هذه الرابطة.

---

(١) مثلا: نقض مدنى فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٧٩ دالوز ١٩٧٩-in. Rap ص ٣٤٩ و ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٦ دالوز in Rap١٩٨٧ ص ٢٥ و ٢٧ يناير سنة ١٩٩٣ بلتان المدنى -١- رقم ٤٢ واستئناف باريس ٢٣ يناير سنة ١٩٩٥ دالوز in Rap١٩٩٥. ص ١١٥.

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٨ مارس ١٩٩٢ الاسبوع القانونى ١٩٩٢ -٤- ١٥٢٥.

المطلب الثانى
الاخلال بالتزام ناشئ عن العقد

لكى تكون المسئولية عقدية لابد ان يكون الاخلال بالتزام ناشئ عن العقد، ولا صعوبة فى استظهار ذلك بالنسبة للالتزامات المنصوص عليها فى بنود العقد وتمثل، عادة، الالتزامات الرئيسية، كالتزام البائع بنقل الملكية أو بالتسليم فى عقد البيع، والتزام المؤجر بالتمكين من الانتفاع فى عقد الايجار. غير ان الالتزام العقدى لا يقتصر على ما ورد فى بنود العقد، بل يشمل ايضا، من ناحية أولي، ما سكت عنه المتعاقدان ويكمله القانون بما نص عليه في القواعد المكملة لارادة المتعاقدين. فهذه القواعد تسد النقص الوارد فى العقود، على نحو تصبح الالتزامات الواردة فيها جزءاً من التعاقد. ومن ناحية ثانية، يدخل في مفهوم الالتزامات العقدية أيضا، فضلا عما اشتمل عليه العقد وورد فيه، «ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» (م١٤٨/ ٢ مدنى) وهذا التحديد الاخير يعنى ان هناك التزامات عقدية قد يفرضها، رغم عدم ورودها فى بنود العقد، القانون، العدالة، او العرف.. ومن ذلك التزامات يستخلصها القضاء، وفق هذا المفهوم السابق، مثل الالتزام بضمان سلامة المسافر في عقد نقل الاشخاص[١]، أو فى عقود تركيب الاجهزة الخطرة، والتى يمكن ان تسبب اضرارا للغير. كما يدخل في هذا المعنى ايضا الاتجاهات الحديثة في تقرير التزامات جديدة فى بعض العقود، اثناء تنفيذها، مثل الالتزام بالتحذير أو الاعلام الذى ابتدعه

---

(١) راجع : محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، السابق.

القـضـاء على عـاتق بـعض فـئـات المهنين بمناسـبـة تسليـم منتـجـات خطرة للعملاء[١]. وبصفة عامة فان هناك اتجاها لارساء الالتزامات العقدية المختلفة، وتحديد نطاقـها بما يتـجاوز بنود العقـد، إما لانهـا التزامات عـقدية تقـتضيـها العدالة وطـبيعـة العقـد، وإما لانها التـزامات تابعـة، بالضرورة، للالتـزامات الاصلية، ومترتـبة عليها[٢]. وكل ذلك يـدخل، من جـانب اخـــر، في اطار المفهوم العام لضـرورة تنفيذ الالتزامات العقدية بطريقـة تتفق وحسن النية» (م ١٤٨/ ١ مدنى).

وأخيرا نعتقد ان هذا التوسع، فى بسط حدود الالتزامات العقدية، يؤدى، تلقائيـا، الى بسط حدود المسـئوليـة العقدية. ولكن كل ذلـك بشرط ان يكون هناك، ابتداءً، عقد صحيح وقائم، سابق على إعمال المسئولية العقدية.

---

(١) راجع : فينى، السابق، رقم ١٨٥، وراجـع: محمـد شكرى سـرور. مسئولية المنتج ١٩٨٣، دار الفكر العربى.

(٢) راجع : محكمة باريس ٢٣ مارس سنة ١٩٩٠ دالوز ١٩٩٠ in Rap ص ١٠٨، ونقض مدنى فرمسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٨٩ دالوز ١٩٨٩in Rap ص ٢٩٦، ونقض تجارى فرنسى ١٩٩٢ الاسبوع القـانونى ١٩٩٣-٢- ٢٢١٦٤ والتعليق، ونقض مدنى فرنسى ١٧ نوفـمبر سنة ١٩٩٣ دالوز ١٩٩٣ in Rap ص ٢٥٩

المطلب الثالث
أن يكون الاخلال بالالتزام العقدى منسوبا للمدين ويلحق ضررا بالدائن

من المنطقى قانونا أن يكون الإخلال بالالتزام العقدى منسوبا للمدين، اى صادرا عنه. فإذا كان المتسبب فى الإخلال شخص من الغير، فإن المدين لا يسأل عما يلحق بالدائن من ضرر، اذ يمثل فعل الغير سببا أجنبيا، وتكون مسئولية هذا الغير، فى الفرض السابق، مسئولية تقصيرية قبل المضرور. وهذا المعنى السابق هو أحد مظاهر مبدأ نسبيه اثر العقد، والذى يقضى بأن العقد لا ينشئ التزامات أو حقوق الا بين اطرافه. غير ان هناك من الفروض ما قد يشترك فيها الغير مع المتعاقد فى الاخلال بالالتزام العقدى، وفي هذه الحالة تكون مسئولية المتعاقد عقدية، ومسئولية الغير مسئولية غير عقدية.

ومن ناحية اخرى فان الاخلال بالالتزام العقدى الذى يحدث من جانب المتعاقد قد يلحق ضررا بالغير. وفي هذه الحالة تكون مسئولية المدين مسئولية غير عقدية، ذلك ان الاخلال العقدي، يعتبر، بالنسبة للغير المضرور، مجرد واقعة مادية، أى مجرد فعل ضار، أى انها لا تمثل بالنسبة له (لانه ليس متعاقدا) اخلالا بالتزام عقدى[1].

ومع ذلك فان «الغيرية» المشار اليها تتراوح بين درجات مختلفة. فمن ناحية اولى قد يكون المضرور غيرا بالمعنى الكامل، أى انه لا تربطه بأى من

---

(١) راجع : ستارك، العقد، رقم ١٩٩٧، مازو ودي جوجلار، رقم ٣٩٧ وما بعدها، فينى، السابق، رقم ١٨٧، ونقض مدنى فرنسى ١٣ يونيو سنة ١٩٩٠ الاسبوع القانونى ١٩٩٠-٤- ٣٠٧، و ٢٠ مارس سنة ١٩٨٩ دالوز ١٩٨٩ in. Rap ص ١١٦.

المتعاقـدين أية رابطة قانونية. ومن ذلك ان يصاب احد المارة في حـادث سيارة نتج عن عيب فى تصنيعها. ففى هذه الحالة يكون رجوع المضرور وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية، سواء رجع على بائع السيارة على أساس الخطأ، أو رجع على حارسها وفقا لقواعد المسئولية عن الاشياء.

ولكن هناك فئتـين قد تتصلا بالعقـد بطريقة او اخرى مما يثيـر مسألة نوع المسئولية، وهل هى عقدية أم غير عقدية : حالتان :

أولا - حالة الضرر المرتد Dommage par ricochet [(١)]:

الاصل، كـما سـبق القـول، ان العقـد لا ينشئ رابطة عـقدية سـوى بين اطرافه، وهؤلاء الاطراف هم وحدهم الذين يتمـسكون بما ينشأ عن العقد من حقوق ويتحـملون ما ينشأ عنه من التزامات. غير ان التسـاؤل قد طـرح لمعرفة ما اذا كـان بعض اقارب المضـرور (المتعـاقد) يمكن ان يسـتفـيدوا من المفـهوم التعاقدى، وأن يتمسكوا بالمسئـولية العقدية اذا اصابهم ضرر نتج عن الاخلال بالالتزام العقدى.

فمـثلا لو اصيب مـسافر اثناء نقله، بموجب عـقد النقل، فان من حـقه ان يتحصن بالالتـزام بضمان السلامة، وهو مـا يؤدى الى نقل عبـء الاثبات الى عاتق الناقل ليثبت السبب الاجنبى اذا اراد التخلص من مـسئوليته العقدية. أما اذا توفي هذا المسافر فان التساؤل يدور حول كـيفية تمكين اقاربه، والديه مثلا، من التمـسك بالالتزام المشار اليـه بضمان السـلامة، مع انهم يطلبون تعـويضا عما اصابهم من ضرر نتيجة لوفاة المسافر.

---

(٢) راجع : حـسن ابو النجا، رسـالته باللغـة الفـرنسـيـة، من جامـعة باريس عن الضـرر المرتد، ويلاحظ ان مشكلة الضرر المرتد تثـار فى كل من المسئوليتين العقدية وغـير العقدية، وراجع: ثروت عبد الحميد، الضرر المرتد الناشئ عن المساس بالحياة أو بالسلامة الجسدية، الناشر، دار ام القرى بالمنصورة، ١٩٩٥.

اتجه بعض القضاء فى فرنسا الى ابتداع فكرة ان المتعاقد (المسافر) يعتبر، عند تعاقده، قد اشترط لمصلحته الشخصية ولمصلحة ذويه الذين يلتزم بالانفاق عليهم[١]. وقد انتقد هذا الاتجاه على اساس انه ينسب للمتعاقدين اشتراطا لم يرد على ذهنهم اصلا، وبالتالى يجعل العقد ينطق بامر لم يكن واردا في نية عاقدية[٢]. يضاف الى ذلك انه يبدو غير مجد فى بعض الحالات، بل ان المسئولية العقدية قد تضع المضرور فى مركز أسوأ منه فى حالة المسئولية التقصيرية، ومن ذلك ان يتضمن العقد شرطا بالاعفاء من المسئولية يواجه به المضرور من اقارب المتوفى ويحتج به عليه، وهو ما جعل بعض الاحكام القضائية تتدارك هذه النتيجة باعطاء هؤلاء الاقارب مُكنَةَ التنازل عن الاشتراط لمصلحتهم والالتجاء الى نطاق المسئولية التقصيرية القائمة على حراسة الاشياء. وأخيرا فان التزام المدين اذا كان التزاما ببذل عناية فان من مصلحة القريب المضرور ان يعزف عن اللجوء للمسئولية العقدية التى يتحمل فيها عبء اثبات عدم بذل العناية الواجبة، ليحتمى بنظام المسئولية غير العقدية عن فعل الاشياء، حيث يستفيد من المسئولية الموضوعية التى لا تنحسر عن المدين الا باثبات السبب الاجنبى.

وفي مصر قضت محكمة النقض بأن رجوع اقارب المتوفى (المتعاقد فى عقد النقل) بالتعويض عما اصابهم من اضرار نتيجة وفاة المسافر لا يكون الا على اساس المسئولية التقصيرية، وليس على اساس المسئولية العقدية، لان

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢، دالوز الدورى ١٩٣٣ -١- ١٣٧ وتعليق جوسران.

(٢) مازو ودى جوجلار، السابق، رقم ٣٩٩، ستارك، السابق، رقم ١٨٠١ و ١٨٠٥.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٤ -١-٨١.

التزامات عقـد النقل انما تنصرف الي المتعاقدين، وبالتـالى فان للراكب وحده حق المطالبة بالـتعويض عن الاخـلال بالالتزام العقـدى بضمان السـلامة دون اقـاربه الذين لم يـكونوا طرفـا فى عـقـد النقل (نقض مـدنـى ١٩ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض س ٣٢ ص ١٣٢٨).

وأخيـرا يلاحظ أن أهمية الجـدل السابق قد تراجـعت كثيـرا فى الحالات التى يفرض فـيها المشـرع تعويضا مـحددا في مقـداره، مع حظر الاتفاق على تعـويض اقل. وفى هذه الحالات يـستـحق التعـويض لمن تتـوافر فـيه شـروط المطالبة سواء استند الى مسئولية عقدية أم غير عقدية.

ومن ذلك التـحديد القانونى لمسـئوليـة الناقل وفقـا للمعاهـدات الدولية للنقل (معاهدة فرسوفيا ومعاهدة برن).

ثانيا : «الغير» و «المتعاقد» فى سلسلة العقود[1] المتعاقبة على شئ واحد:

تثور مسألة طبيعة المسئولية وهل هى عقدية أم غير عقدية فى حالة وجود سلسلة متعاقـبة من العقود الواردة على شئ واحد. ففي الفقـه التقليدى، كان الوجه الغالب هو المقـابلة بين «طرف العقد» و «الغير». غيـر ان مظهراً جديداً للمشكلة ظهـر مع ظهور ما يسمى سلسلـة العقود Chaine de contrats وهى مجموعـة من العقود تنصب على شئ واحد وتتتابع زمـنيا، ومن خلالها يتتابع اثر العقد بدءً من المالك أو المنتج وصولا الى المستهلك.

---

(١) راجع : بحث للدكـتور فـيصل زكى عبـد الواحـد عن المسئوليـة المدنية فى إطار الاسـرة العقدية، دار النهضة ١٩٩٣.

ومن أمثلة سلسلة العقود Chaine بيع سلعة معينة الى تاجر الجملة، الذى يبيع بدوره الى تاجر التجزئة، الذى يبيع الى المستهلك في نهاية المطاف. ايضا حالة ما اذا باع مصنع ما ادوات بناء لاحد المقاولين والذى استخدمها لبناء عقار لحساب احد الاشخاص. وفى المثال الاول تكون السلسلة متجانسة اذ انها تمثل بيوعا متتالية، اما فى المثال الثانى فالسلسلة غير متجانسة لان الحلقة الاولى تمثل بيعا، فى حين ان الحلقة الثانية تمثل عقد مقاولة.

والمشكلة سهلة لو كانت المسئولية منعقدة بين اطراف عقد واحد[1] من عقود سلسلة العقود المتتابعة، ولكن الذى يحدث هو اثاره مشكلة اخرى حين يصيب الضرر شخصا يقع فى نهاية سلسلة العقود كطرف فى أخر عقد منها مثلا وينسب سبب الضرر الى المتعاقد الاول في العقد الاول فى هذه السلسلة العقدية، فهل يجوز لهذا المضرور ان يرجع على المتعاقد الاول، وعلى اى اساس، وهل يصح الاساس التعاقدى؟ وكيف؟. أم أن رجوعه يقف عند حدود المسئولية التقصيرية. والمثال الذي يوضح هذه المشكلة يتمثل فى الآتى : عهد احد اصحاب السيارات الى ورشة اصلاح لاصلاح سيارته اثر حادث ألحق تلفا بهيكلها، وبعد الاصلاح قام ببيعها الى (أ) الذى قام ببيعها بدوره الى (ب) واستقرت بالبيع فى نهاية المطاف لدى (جـ) اكتشف المشترى الاخير ان بالسيارة تلفا شديدا نتيجة للحادث الذى تعرضت له لدى المالك الاول (البائع الاول) ونتيجة عدم قيام ورشة الاصلاح بالاصلاح وفق الاسس الفنية والمهنية السليمة. ولا شك ان فى استطاعه المشترى فى عقد البيع الاول ان يرجع على بائعه بضمان العيوب الخفية وفقا لقواعد عقد البيع، وضوابط القانون المدنى فى شأن ضمان هذه العيوب، ولكن هل يجوز لهذا المشترى ان

(١) راجع : محمد شكرى سرور، مسئولية المنتج، السابق.

يصعد بالمسئولية وصولا الى صاحب ورشة الاصلاح لمقاضاته وفقا لتقنيه العقد، أى بذات الاساس التعاقدى الذى يعود به سلفه على سلف هذا السلف؟ واذا قيل بذلك ألا يصطدم الامر بمبدأ نسبيه اثر العقد، باعتبار ان هذا المشترى لم يكن طرفا فى عقد الاصلاح، فلا ينشئ له هذا العقد حقا قبل الورشة المذكورة؟ اذ كيف تنتقل الحقوق العقدية، بصفتها تلك، من العقد الذى انشأها الى عقود متتالية وردت على ذات الشئ (السيارة المبيعة) ؟

تعرض القضاء الفرنسى لهذه المشكلة، واصدر فى شأنها أحكاما عديدة متعاقبة وحديثة نسبيا. وقد تراوحت احكام هذا القضاء فى اتجاهاتها بين تأييد لإعمال المفهوم التعاقدى فى حالة سلسلة العقود، وعلى نحو واسع، وبين ضبط هذا الرجوع وفق ضوابط وفي حدود معينة لا تخرج عن منطقة نسبية اثر العقد.

قبل سنة ١٩٧٣ كان القضاء الفرنسى يجيز لاى شخص متعاقد، فى أى مرحلة من مراحل سلسلة العقود المتتالية، ان يرجع بالتعويض على أى من سابقيه، بدعوى الضمان العقدى، حتى ولو لم تربطه به رابطه عقدية مباشرة[١]. وفى سنة ١٩٧٣ قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بضرورة التقيد، في حالة سلسلة العقود، بمبدأ نسبية اثر العقد، وأن من لم يكن طرفا مباشراً فى العقد يعد غيراً بالنسبة لطرفيه، ولا يستطيع ان يقيم دعواه الا على اساس غير تعاقدي [٢]. وابتداء من سنة ١٩٧٨ بدأت بعض الاحكام تفرق بين سلسلة العقود المتجانسة وسلسلة العقود غير المتجانسة.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٧٢ الاسبوع القانونى ١٩٧٣ -٢- ١٧٣٤٠، و ٢٥ يناير سنة ١٨٢٠ سيرى ١٨٢٠-١- ٢١٣، وراجع : محمد شكرى سرور، السابق.

(٢) نقض تجارى فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٣ دالوز ١٩٧٤- ١٣٨ والتعليق.

واجازت المسئولية العقدية[١] فى الاولى دون الثانية (ومن امثلتها ان يكون احد العقود بيعا والاخر مقاولة[٢].

غير ان هذا التقسيم الذى يتسم بالبساطة لم يصمد طويلا حيث صدرت احكام اخرى تناقضه. ففى قضية تتضمن وقائعها ان مقاولا اشترى مواد بناء من احد المصانع لبناء سقف احد المنازل، تبين ان هذه المواد غير صالحة وتتضمن عيوبا جسيمة. اقام صاحب العمل دعوى مباشرة ضد المنتج للمطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر. قضت الدائرة الاولى لمحكمة النقض الفرنسية ان الدعوى هى دعوى ضمان العيوب، وهى بالضرورة دعوى عقدية، رغم ان صاحب العمل لا تربطه بالمنتج علاقة عقدية مباشرة[٣]. غير أن الدائرة المدنية الثالثة قضت، فى ذات الظروف، بأن المسئولية تقصيرية وليست عقدية.

وفى سنة ١٩٨٦ قضت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية بأن صاحب العمل بحكم وضعه فى سلسلة العقود المتتالية يتمتع بالدعاوى المرتبطة بالشئ قبل المنتج، ويملك بالتالى دعوى مباشرة قبل هذا الاخير فى حدود ما كان لسلفه. ومعنى ذلك ان تلك الدعاوى تنتقل إلى الخلفاء الخاصين المتتابعين في العقود المتتالية الواردة على الشئ[٤].

---

(١) نقض تجارى ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٨ دالوز in Rap١٩٧٨. ص ٤٥٣، حيث يلتزم البائع الاول قبل المستهلك او المشترى الاخير تعاقديا عن ضمان عيوب الشئ المبيع.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٨١ بلتان المدنى - ١ - رقم ٣٠، و ٥ أكتوبر سنة ١٩٨٣ بلتان المدنى -١- رقم ٢١٩.

(٣) ٢٩ مايو و ١٩ يونيو. بلتان المدنى -١- رقم ١٧٥ وبلتان المدنى -٣- رقم ١٢٠ ودالوز ١٩٨٥ - ٢١٣ والتعليق.

(٤) ٧ فبراير سنة ١٩٨٧ دالوز ١٩٨٦ - ٢٩٣ والتعليق.

غير ان الجمعية العامة عادت سنة ١٩٩١ لكى تحد من التوسع في الطابع العقدى للرجوع فيما بين اطراف عقود السلسلة العقدية، وذلك برفض هذا الطابع اذا كان المدعى لم يقدم اية مواد Fourniture إنما اقتصر على تقديم بعض خدماتServices[1].

المطلب الرابع

مفهوم الخطأ في الاخلال بالالتزام العقدي

يتمثل الشرط الاساسى للمسئولية العقدية فى الاخلال بالالتزام العقدى، ويتخذ صوره عدم تنفيذ الالتزام، او التأخير في التنفيذ، أو التنفيذ الناقص، او التنفيذ المعيب.

ويتمثل الاخلال بالضرورة، وفق ما درج عليه القضاء، وجانب من الفقه في ان تتخذ احدى الصور السابقة مظهر الخطأ. أى ان يكون الاخلال خطأ. ولذلك يقال خطأ الناقل، أو خطأ البائع، أو خطأ المؤجر او خطأ الطبيب، وعلى هذا النحو يعرض مصطلح الخطأ فى المسئولية العقدية والتقصيرية، ويحاول البعض التقريب بينها قولا بأن الخطأ فى الحالتين يتمثل فى الاخلال بالتزام او بواجب.

غير ان جانبا آخر يرى أن الخطأ العقدى يتمثل فى مجرد عدم التنفيذ، او التنفيذ المعيب للالتزام، فى حين ان الخطأ التقصيرى يعكس انحرافا في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادى، وبالتالي يتضمن جانبا اخلاقيا في تقييم هذا السلوك، ويستهدف ايضا ضرورة تطابق هذا السلوك مع نموذج معين

---

(١) ١٢ يوليو سنة ١٩٩١ دالوز ١٩٩١- ٥٤٩ وتعليق جستان، ونقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٩٤ فى دالوز ١٩٩٤ ملخص ، ص ٢١٠ والتعليق.

تقتضيه القوانين واللوائح المختلفة.

وانطلاقا من هذه المغايرة في المعنى اتجه جانب آخر من الفقه الى القول بأن الاخلال بالالتزام العقدى الذى يستوجب المسئولية العقدية لا يرتبط بالضرورة بارتكاب خطأ من جانب المدين. فقد تقوم هذه المسئولية دون خطأ، ولمجرد الاخلال بالالتزام العقدى، والدائن ليس ملزما بالتالى، باثبات خطأ مادام قد اثبت عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب للالتزام. خاصة وان هناك حالات لا تنحسر فيها مسئولية المدين لمجرد نفى الخطأ، وتتمثل هذه الصورة الاخيرة فى كل حالة يكون فيها الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة. ففي هذه الحالة، تنعقد مسئولية المدين، عن عدم التنفيذ، لمجرد تخلف النتيجة المطلوبة، دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانبه، بل ولا تنحسر مسئوليته بمجرد نفى الخطأ، بل تنحسر فقط اذا اثبت سببا اجنبيا غير منسوب اليه. أما اذا تعلق عدم تنفيذ الالتزام بالتزام ببذل عناية فان أمر وصف المسلك بالخطأ يصبح اقرب الى القبول. ففي هذا الفرض على المدين ان يبذل العناية اللازمة فى الوفاء بالتزامه، وهى عناية شخص من اواسط امثاله. والاصل هو افتراض انه بذل العناية المطلوبة، فاذا ادعى الدائن عكس ذلك وقع عليه هو عبء اثبات الاخلال. ولاشك ان هناك كثرة لا يستهان بها من الالتزامات ذات مضمون بذل العناية، سواء في الالتزامات الرئيسية، في كثير من العقود، خاصة العقود التى تنشئ التزامات على عاتق اصحاب المهن الحرة، كالاطباء، والمحامين، والاستشاريون... الخ وكذلك اغلب الالتزامات التبعية التى ابتدعها الفقه والقضاء الحديث، مثل الالتزام بالتبصير، والاعلام، والتحذير.... الخ.

المبحث الثاني
الضرر

تستهدف المسئولية جبر الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة الاخلال بالالتزام العقدى، ولذلك يعتبر الضرر الركن الثانى من أركان المسئولية. فاذا لم يترتب على الاخلال اى ضرر، فلا مسئولية. فلو أن شخصا أجّر مكانا مفروشا، والتزم فى مواجهة المستأجر بتزويد المكان بتلفون، وتأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام، فان شرط الضرر لا يتحقق اذا ثبت ان المستأجر كان مسافرا للخارج طوال مدة العقد، ولم يستغل المكان المؤجر على الاطلاق. وكذلك لو تخلف البائع عن تسليم البضاعة المتفق عليها للمشترى، وتمكن هذا الاخير من شراء ذات الصنف فورا من السوق بذات السعر المتفق عليه.

فالاخلال بالالتزام، فى المثال المعروض، لم يترتب عليه ضرر بالدائن، وبالتالى فإن التنفيذ، بعد انقضاء العقد، لا يحقق له اية مصلحة. ومن منطلق هذه الملاحظة يبدو واضحا هدف المسئولية العقدية، فهو يتحدد فى جبر ما لحق المدين من اضرار ناتجة عن الاخلال بالالتزام. لذلك فان احكام المسئولية العقدية تقتضى اخلالا بالالتزام، بالاضافة الى الضرر، ورابطة السببية، وهنا تبدو المفارقة بين ان يطلب الدائن التعويض، أو ان يطلب التنفيذ العينى. ففي حالة طلب التنفيذ العينى يكفى اثبات وجود الالتزام، فإذا اثبته كان من حقه المطالبة بالتنفيذ دون اى شرط آخر، سوى الإعذار فى الحالات التى يجب فيها الإعذار. وطلب التنفيذ العينى لا يتطلب بالتالى من الدائن ان يثبت اى ضرر لحق به نتيجة عدم التنفيذ، أما فى حالة التنفيذ بمقابل، اى طلب التعويض، فان شرطه الاساسى إثبات الضرر، وحاصل ذلك انه لا يجوز الخلط بين تعويض الضرر وعدم تنفيذ الالتزام. فالثانى - عدم التنفيذ - لا يقتضى بالضرورة حدوث الضرر، فكما سبق القول، قد يخل المدين بالتزامه ومع ذلك لا يلحق بالدائن ضرر.

ولكن هل يجوز افتراض الضرر لمجرد حدوث اخلال بالالتزام العقدى ؟ تختلف الاجابة على هذا السؤال باختلاف ما اذا كان محل الاداء نقودا ،أو كان المحل غير النقود

المطلب الاول

اذا كان محل الالتزام مبلغا نقديا

من البدهى أن النقود مثليات، بل هى الاشياء التى تستحق هذا الوصف فى معناه المطلق والكامل، لذلك فان المدين بمبلغ نقدى إما ان ينفذ عينا في الوقت المتفق عليه او ألا ينفذ. فلا يوجد تنفيذ بديل، أى لا يوجد تنفيذ بمقابل، **فالمطلوب دائما هو التنفيذ العينى، إما رضاء وإما قضاء. فالامر فى نهاية المطاف يؤول الى دفع المبلغ النقدى ايضا**، ولذلك فان تطبيق المسئولية العقدية فى صورة التعويض ينتهى الى دفع مبلغ نقدى عن التأخير فى الوفاء، اى عن التنفيذ المعيب. وفي هذه الحالة - حالة النقود - افترض المشرع ان التأخير ينتج ضررا، ويستحق عنه الدائن تعويضا يتمثل فى نسبة مئوية من المبلغ، اى يتمثل فى قدر محدد من الفوائد[1]. وقد افترض المشرع، افتراضا لا يقبل اثبات العكس، حدوث ضرر نتيجة التأخير في الوفاء، وأوجب التعويض عنه، دون حاجة بالتالى لاقامة دليل على حدوث الضرر. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٢٨ مدنى «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت او اتفاقيه، ان يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير». وحاصل ذلك، أنه لا يتصور قانونا، ان يزعم المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر عن التأخير. فالضرر مفترض قانونا، وهو افتراض قائم على سند واقعى هو حرمان الدائن من الاستفادة من حصوله على حقه فى اجله المتفق عليه. وهو ضرر مفترض قانونا بما لا يقبل اثبات عكسه من جانب المدين. ومع ذلك فان المشرع، وان كان قد اجاز هذا التعويض عن التأخير فى سداد المبلغ النقدى

(١) راجع: سعيد جبر، احكام الالتزام، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ٩٧ وما بعدها.

فانه لم يفته ان هذه الفوائد هى من قبيل الربا المحرم من الناحية الدينية. لذلك ضيق المشرع الخناق على قدر الفوائد، حيث نصت المادة ٢٢٦ مدنى «اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزما بان يدفع للدائن، على سبيل التعويض عن التأخير، فوائد قدرها اربعة فى المائة فى المسائل المدنية، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية».

وتسرى الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجارى تاريخا اخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره». كما نصت المادة ٢٢٧ مدنى على اجازة الاتفاق على سعر الفائدة بين الطرفين على الا يتجاوز سبعة فى المائة. فاذا تجاوزت هذا القدر «وجب تخفيفها الى سبعة في المائة، وتعين رد ما دفع زائدا عن هذا القدر».

وواضح من هذين النصين ان المشرع فرض رقابة مُضيِّقه[1] علي استحقاق الفوائد من حيث قدرها، سواء فى حالة عدم الاتفاق عليها (٤٪ أو ٥٪) سواء فى حالة الاتفاق عليها (بحد أقصى ٧٪) كما قيد بدء سريانها فى حالة عدم الاتفاق بتاريخ المطالبة القضائية بها. «وكل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن اذا زادت والفائدة المتفق عليها على الحد الاقصى

---

(١) يلاحظ أيضا ما نصت عليه المادة ٢٣٠ مدنى من أنه «عند توزيع ثمن الشئ الذي بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين، بعد رسو المزاد، بفوائد تأخير عن الانصبة التى تقررت لهم في التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، او كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها، على الا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانه المحكمة. وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء». ويستهدف هذا النص التخفيف عن المدين حتى لا يظل ملزما بسداد فوائد تأخيرية (عن ديونه التى جرى التنفيذ لاستيفائها) الى ان تتم اجراءات توزيع حصيلة البيع، وهى غالبا ما تستمر لوقت طويل.

المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، اذا ما ثبت ان هذه العمولة او المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا منفعة مشروعة» (م ٢٢٧/ ٢ مدنى).

غير ان المشرع، رغم ادراكه لتحريم الفوائد، وبالتالى تقييد استحقاقها وفق ما سبق ذكره، الا انه لم يغفل ان هناك حالات قد يستحق فيها الدائن تعويضا تكميليا، يضاف الى الفوائد، اذا اثبت هذا الدائن ان المدين قد الحق به، بسوء نية[1]، ضررا إضافيا تجاوز قيمة الفوائد (م.٢٣١مدنى)، وهذا التعويض التكميلى هو تعويض مستقل عن الفوائد ويضاف اليها.. ولكنه ايضا تعويض ناتج عن التأخير فى الوفاء.

غير ان عبء اثبات هذا الضرر **الاضافى**، وعبء اثبات **سوء نية المدين،** فى هذه الحالة المعروضة، يقع على عاتق الدائن. فالضرر الاضافى لا يفترض، بخلاف الضرر الذى تعوضه الفوائد القانونية أو الاتفاقية. ومن قبيل هذا الضرر الاضافى ان يتعمد المدين التأخير حتى يفوت على الدائن ان يفى بديون عليه للغير، مما يضطره إلى الاقتراض بفائدة بنكية باهظة.

وأخيرا، وعلى العكس مما سبق[2]، فان المدين يستطيع ان يطالب بتخفيض الفوائد المستحقة اذا اثبت ان الدائن قد تسبب، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، فى اطالة أمد النزاع «وللقاضى» ان يخفض الفوائد، قانونية كانت او اتفاقية، او لا يقضى بها اطلاقا، عن المدة التى طال فيها امد النزاع (م ٢٢٩ مدنى).

---

(١) راجع : سعيد جبر، السابق، ص ١١٥.
(٢) راجع : سعيد جبر، السابق، ص ١١٣.

المطلب الثانى
التعويض اذا كان محل الاداء غير النقود

اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل او اعطاء شئ غير النقود، فإن الضرر الذى يلحق بالدائن نتيجة الاخلال بالالتزام (بعدم التنفيذ، او التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر) يتم تقديره فى صورة مبلغ تعويض. والتعويض يكون عن الضرر الفعلى الذى لحق بالدائن، وفي حدود هذا الضرر فقط، بحيث لا يتجاوز قيمته. والضرر إما ان يكون ضررا ماديا واما ان يكون ضرراً ادبيا :

المقصد الأول
التعويض عن الضرر المادى

يتمثل الضرر المادى فى قيمة أقتصادية يفقدها الدائن نتيجة لاخلال المدين بالتزامه، فهو مساس بعنصر مادى من عناصر الذمة المالية يمكن تقييمه ماليا[1]. ويلاحظ فى هذا المقام ايضا انه لابد ان يثبت ان الاخلال قد سبب

---

(١) نقض مدنى مصرى ١١/ ١١/ ١٩٦٥، مجموعة احكام النقض، س ١٦- ١٠٤٣ و ٢٩/ ٤/ ١٩٧٧، مجموعة احكام النقض، س ٢٦- ٨٥٤ حيث قضى فى الأول بأحقية المدعى في التعويض عن هدم مسقاه تمر بارض الجار، وفقا لحق ارتفاق بالرى، وقام المدعى عليه بهدمها، مما ترتب عليه تلف زراعته، وقضي فى الحكم الثانى باحقية الوكيل بالعمولة، الذى كان متعاقدا على توزيع منتجات شركة البيرة، فى التعويض الناتج عن انهاء وكالته فى وقت غير مناسب، وما فاته من كسب وما لحقه من خسارة نتيجة لذلك. كما قضى باحقية المدعين في التعويض عن تخطى موثهم فى الترقية الى درجة مستشار، عما ترتب على خطأ وزارة العدل فى هذا التخطى وما ادى اليه من عدم قبضه لحقوقه الماليه فى مواعيد استحقاقها وخصم ضرائب تزيد عما يجب ان تخصم منه في الاصل . (نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة احكام النقض س ٢٧- ١١٣) راجع: محمد كمال عبد العزيز، ص ٨٠٦ و ٨٠٧.

ضررا محددا[١]، فالاخلال وحده، كما سبقت الاشارة، لا يكفى. وقد يتمثل الضرر في المساس بمصلحة مالية بحته، كما فى حالة عدم تسليم الشئ المبيع، أو عدم رد الشئ المودع، أو عدم التمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة. وقد يتمثل الاخلال في الاخلال بعدم التنفيذ مطلقا، وقد يتمثل فى التنفيذ على نحو غير ما تم الاتفاق عليه، وقد يكون تنفيذا كاملا ولكنه يجئ متأخرا فيلحق بالدائن ضررا من وراء ذلك الاخلال.

ومن ناحية اخرى، قد يتمثل الضرر المادى فى النتائج الاقتصادية التى تلحق بذمة الدائن **نتيجة اصابة جسدية تلحق به**. ففى عقد النقل يلتزم الناقل بتوصيل المسافر سالما، فاذا حدث حادث فى الطريق، واصيب المسافر في جسده، فان هناك اضرار اقتصادية يتعين على المدين ان يعوضها مثل مصروفات العلاج، ما فقده من دخل نتيجة انقطاعه عن العمل، كذلك ما قد يفقده حالا ومستقبلا من دخل نتيجة اصابته بعجز دائم[٢].

عناصر وشروط تقدير التعويض:

أ - التعويض يشمل الضرر المتحقق والكسب الفائت:

تنص المادة ٢٢١/ ١ مدنى «اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالقاضي وحده هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق

---

(١) يلاحظ أن تعيين عناصر الضرر التى تدخل فى حساب التعويض هى من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض : نقض مدنى مصرى ٢٩ ابريل سنة ١٩٩٣ طعن رقم ٧٢٦ س ٥٩ ق.

(٢) وقد قضى فى هذا المعنى السابق بان التعويض عن الضرر المادى نتيجة وقوع تعذيب مناطه اصابة الجسم او العقل باذى من شأنه الاخلال بقدره صاحبه على الكسب أو تكبيده نفقات فى العلاج (نقض ٢٩ أبريل سنة ١٩٩٣ طعن ٧٢٥ س ٥٩ق).

الدائن من خسارة وما فاته من كسب شرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول».

يتمثل **الضرر المتحقق** فيما لحق بذمة الدائن من خسارة فعلية، تمثل انتقاصا من ذمته المالية. فاذا ما تلفت البضاعة اثناء النقل، مثلا، فقد انتقصت قيمتها من ذمة الدائن، وكذلك الحال فى عدم تسليم الشئ المبيع او الشئ المودع. فبقدر القيمة يكون الضرر الذى تحقق فعلا، واذا كان الشئ الواجب تسليمه او نقل ملكيته قد تلف جزئيا فان الضرر يكون بقدر الخسارة المالية التى تصيب الدائن، وتمثل قيمة الجزء التالف.

ويلاحظ ان الضرر قد يتجاوز القيمة المسماه في العقد، للاشياء محل الالتزام، وذلك حين يضطر الدائن الى شراء مثلها بسعر السوق الذى قد يكون اعلى من سعر التعاقد بين الدائن والمدين. وفى هذه الحالة يدخل في حساب الخسارة المتحققة فرق السعر أيضا.

ويشمل التعويض ايضا **الكسب الفائت**[1]، أى الذى فات تحقيقه على الدائن بسبب اخلال المدين بالتزامه. ومن الامثلة الواضحة على ذلك ما يفوت على المصاب اثناء تنفيذ عقد النقل، من كسب بسبب قعوده عن العمل لفترة معينة، او بصفة دائمة لاصابته بعجز مستديم، وكذلك ما يترتب على اصابة المريض نتيجة خطأ الطبيب فى تنفيذ العقد الطبى. وعلى ذات النحو السابق، فى حالةالاخلال بالالتزامات المالية - غير المتعلقة بالسلامة الجسدية- ومن

---

(١) راجع احكام النقض السابق الاشارة اليها.

امثلتـها، ان يقـوم المدين، المتعـاقد، (احـد المصانع)، بتـسليم مواد اوليـة رديئة النوع، خـلافا للاتفـاق بينهمـا، مما يؤدى الى ركود منتـجات المصنـع وفوات الربح الذي كان منتظراً من التسويق.

ب - التعويض يشمل الضرر المؤكد دون الاحتمالى :

يشترط فى الضـرر الذي يتم تعويضه ان يكون قد تحـقق بالفعل، أى فى الحال. وهو الوضع الطـبيعى فى تطبيق احكام المسئولـية المدنية. فـمن اصيب فعلا بعجز مستديم اثناء النقل أو نتيجـة عملية جراحية خاطئة، يتحقق الضرر الذى لحقه بالفعل ويحكم له بالتعـويض عنه. أما اذا كان امر الضرر مازال فى طور الاحتمالات التى لا يمكن الجزم بها، فان هذا الضرر غير المؤكد لا يدخل فى نطاق التعويض. غير ان شـرط تحقق الضرر يؤول ايضا الى شرط ان يكون مؤكدا، وهو مـا يعنى ان الضرر المؤكد لا يشـترط فيه ان يكون قـد تحقق حالا بالفـعل، بل يمكن ان يكون ضـررا سيـحدث فى المسـتـقبل، وفى هذه الحـالة يدخل في نطاق التـعويض اذا كـان مقطوعـا بحدوثه من الآن. وليس مـجرد احتمال فى عالم الغيب. فالامر اذن هو امر حتمية حدوث الضرر ولو كان في المستـقبل، ولذلك يجـوز الحكم بتعـويض لشخص عن تعطله عن الـعمل فى المستقبل طالما تحقق عجزه عجزا كليا من الان.

وتطبـيقـا لذلك ايضـا اذا قام طبـيب بحقـن مريض بدمـاء ملوثه بمرض الايدز او بفـيـروس الوباء الكبـدى، فان من المـؤكد ان هناك ضـررا قـد لحق بالمريض نتيجة لحقنه بالدم الملوث، وهو يستحق تعويضا عن هذا الضرر (وهو مـجرد اعطاد دم ملوث). أمـا التـعويض عن اصـابته بـالفعل باحـد المرضين المذكورين فلا يمكن الجزم به مقدما، ولا يجوز التعويض عنه الا عندما يحدث

فعلا، فقد تكون لدى المريض مناعة طبيعية ضد الاصابة، وقد لا تتوافر له هذه المناعة، والامـر، بالتالى، رهن بمستـقبل فى عالم الغـيب، فلا يدخل في نطاق التعويض. ولذلك فان الضرر الذى يكون احتماليا فى وقت ما، ثم يتحقق في وقت لاحق، فى المستـقبل، يجـيز للمضـرور ان يطلب تعويضـا تكميليا عـما استجد من اضرار لاحقه اصبحت مؤكدة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الذي يستوجب التعويض يجب ان يكون محـققا بمعنى ان يكون قد وقع أو انه سـيقع حتمـا، أما الضرر الاحـتمـالى غـير المحـقق الوقوع فـان التـعويض عـنه لا يستـحق الا اذا وقع بالفعل، وبالتـالى لا يجوز التعويض على سند مـن ان شخصا مازال يحـتفظ بسند المديونيـة، رغم استـيفـائه للدين، ويستطيع بالتـالى ان ينفذ عـلى اموال المدين اذا وجد لديه مـا يمكن التنفيذ عليـه، فمثل هذا التخـوف يعكس ضررا احتماليا لا يجوز التعـويض عنه (نقض ١٥ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦- ٥٧٠) . وبالمقابل لذلك يجوز التعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع، وبالتالى يجوز التعويض عن هدم منزل اذا كان الهدم امـراً محـتـما لا مـحـيص عنه (نقض ١٠ يونيـو ١٩٦٥ المجمـوعـة السابقـة س١٦-٧٢٦).

التعويض عن فوات الفرصـة :

اشرنا فيما سبق الى انه لا تعويض عن الضـرر الاحتمالى، حيث يشترط ان يكون الضرر مـؤكدا، حـتى ولو كان مسـتقـبلا. غيـر ان هناك فرضـا آخر يُستـحق فيه الـتعويض، وهو فـرض فوات الفرصـة. ومثال ذلـك ان يتخلف الناقل عن نقل المسافر، فتفوتـه فرصه دخول امـتحان كان يسـعى الى النجاح

فيه، او الدخول فى مناقصة كان يأمل كسبها، وفي مثل هذه الفروض لا مجال للتعويض عن عدم النجاح فى الامتحان او عدم كسب الصفقة، لان هذين الامرين يدخلا في نطاق الضرر الاحتمالى، اذ لم يكن من المؤكد ان المسافر كان سيصيب النجاح فى أى من الحالتين، بل كان النجاح مجرد احتمال قد يحدث وقد لا يحدث[١]. ولكن فيما خلا هذه الجزئية، هناك امر مؤكد قد وقع بالفعل وهو ان المسافر لم يدخل الامتحان او المناقصة، اى ان فرصة الدخول الى كل منهما قد فاتت على نحو مؤكد. وبمعنى اخر فان الكسب هو مجرد احتمال، ولكن المؤكد ان هناك فرصة للنجاح قد فاتت، وفي هذه الحالات يتعين تعويض المضرور عن فوات الفرصة فحسب، اى عن الضرر الناشئ عن كون الواقعة- واقعة الوصول في الوقت المتفق عليه- لم تحدث. والتعويض فى هذه الحالة، هو، بالضرورة، اقل من تعويض الضرر الناشئ عن خسران الصفقة أو خسران الامتحان[٢]، وبالتالى فان تقدير التعويض عن فوات الفرصة هو بالضرورة مستقل عن الضرر الذي كان يمكن ان يتحقق عن الفرصة التى فاتت ذاتها. والقاضي هو الذي يقدر فى كال حالة مدى توافر الفرصة، أى ما اذا كان لهذه الفرصة قدر من الاحتمال المُؤَمَّلِ فيه، وهو يخضع لرقابة محكمة النقض فى استظهاره لشروط توافر الفرصة وتحقق الفرصة الفائتة من حيث كونها تمثل ضررا محققا، حقيقيا وجادا[٣].

---

(١) ومن ذلك ايضا ان يفوِّت المحامى على موكله مواعيد الاستئناف، فتفوت علي هذا الموكل فرصة عرض قضيته وفرصه احتمال كسبها أو تعديل الحكم نقض مدنى فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٨٠، الاسبوع القانونى ١٩٨٠ -٤- ١٩٧.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٤ أكتوبر سنة ١٩٩٥ دالوز سنة ١٩٩٥ in. Rap ص ٢٢٣

(٣) نقض جنائى فرنسى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٧١ دالوز ١٩٧٢- ٢٢٥ والتقرير.

ومن التطبيقات العديدة لفوات الفرصة، اصابة حصان سبق فى حادث ادى الى عدم دخوله حلبة السباق، وفقدان امرأة لخطيبها قبل ابرام عقد الزواج، وفقدان الابوين لفرصة رعاية ابنهما لهما فى أواخر العمر نتيجة لوفاته[1] فى حادث، وفرصة موظف فى الترقية، وفرصة طبيب فى زيادة عدد زبائنه، فرصة المريض فى الشفاء، او فوات فرصته فى البقاء حيا نتيجة لاهمال الطبيب، او تقاعس الناشر عن طبع مؤلف وحبس اصوله عدة سنوات اضاعت على صاحب المؤلف فرصة تسويقه [٢، ٣].

وقد قضت محكمة النقض المصرية، فى المعانى السابقة، بانه «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه اذا كانت الفرصة امرا محتملا فان تفويتها امر محقق. ولا يمنع القانون من ان يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل فى الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الامل أسباب معقولة. واذ كان الحكم المطعون فيه قد ذهب الى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين فى رعاية ابنهما لهما فى شيخوختهما بانها احتمال، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لابويه، وهى امر احتمالى، وبين تفويت الامل فى هذه الرعاية وهى امر محقق. ولما كان الثابت من الاوراق ان الطاعن الاول قد بلغ سن الشيخوخه وانه احيل الى المعاش قبل فوات خمسة اشهر على فقد ابنه الذى كان طالبا فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما، الذى يبعث على الامل عند ابويه فى ان يستظلا برعايته، واذ افتقداه فقد فاتت

---

(١) نقض مدنى مصرى ١٦ مايو سنة ١٩٧٩ طعن رقم ٨٦٠ س ٤٥ق.

(٢) نقض مدنى مصرى ١٤ مارس سنة ١٩٨٥ مجموعة احكام النقض س ٣٦ ص ٤٠٣.

(٣) يلاحظ ان التعويض عن فوات الفرصة يرد فى المسئولية العقدية وكذلك فى المسئولية غير العقدية.

فرصتها بضياع املهما، فان الحكم المطعون فيه اذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون»[1]. كما قضى بأن للمحكمة ان تدخل في عناصر التعويض ما اضاع على المطعون ضده من مرتب وعلاوات لو انه بقى فى الخدمة الى سن الستين، ذلك انه وان كان المرتب مقابل العمل الذى يؤديه الموظف وقد حيل بينه وبين ادائه بالفصل، كما ان القانون لا يمنع ان يدخل فى عناصر التعويض ما فات المطعون ضده من فرص الترقى وما كان سيحصل عليه من معاش وذلك ان تفويت الفرصة على الموظف في الترقية الى درجة اعلى بسبب احالته إلى المعاش بغير حق قبل انتهاء مدة خدمته عنصر من عناصر الضرر الذى يجب النظر فى تعويض الموظف عنه، لان الفرصة اذا كانت امرا محتملا فان تفويتها امر محقق.. يحسب في الكسب الفائت وهو عنصر من عناصر التعويض فيما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الامل اسباب معقولة[2]».

وبالمقابل لذلك قضى بأنه لا يجوز الحكم بالتعويض عن فوات الفرصة دون بيان الاسباب المعقولة لذلك ، واذا كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفى فى مقام قضائه بالتعويض عن الضرر المادى على ما اورده من ان الوفاة فوتت على المطعون ضدها فرصة الامل فى ان يستظل برعاية ولدها المتوفى فى شيخوختها دون ان يعنى ببحث وتمحيص ما اثارته

---

(١) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٧٩ طعن -٨٦ س ٤٥ق اشار اليه المستشار محمد كمال عبد العزيز، ص ٨١١، و ٢٦ ابريل سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض، س ١٦ - ٥٢٧.

(٢) نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض س ١٨ - ٣٧٢.

الطاعنة من ان هذا الامل غير وارد لان المتوفى كان طفلا يبلغ من العمر ١١ عاما يُعالُ ولا يعُول احدا، وان لها ثلاثة ابناء قصر يكفى ان تستظل برعاية ابيهم فى شيخوختها ،او ان يبين الاسباب المقبولة التى تبرر وجه ما انتهى اليه من ان وفاة الابن فوتت على المطعون ضدها املها فى ان تستظل برعايته لها فى شيخوختها وهو ما من شأنه ان يجهل الاسباب التى اقام عليها قضاءه بالتعويض عن الكسب الفائت ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لاحكام القانون، فان الحكم يكون معيبا بالقصور»[1].

جـ- التعويض يقتصر على الضرر المتوقع :

يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع Dommage Prévisible والمقصود هو الضرر المتوقع عند التعاقد، أى وقت ابرام العقد، ويبرر هذا التحديد، وبتعبير ادق تقييد التعويض في حدود الضرر المتوقع، ان القوة الملزمة للعقد مصدرها الارادة، فهى سند الالتزام واساسه، ومن الطبيعى، بل من المنطقى، انه عند ابرام الاتفاق لم يهدف اى من المتعاقدين الى الزام نفسه الا فى حدود ما هو متوقع لحظة ابرام العقد، اى انه لا يمكن ان يقصد الى الالتزام بابعد من ذلك، والالتزام حال الاخلال به وثيق الصلة بالارادة التى أنشأته، فلا يجوز ان يتجاوز هذه الارادة ،وحاصل ذلك انه لا تعويض، فى المسئولية العقدية، عن اية اضرار لم تكن متوقعة وقت التعاقد.

ومن الامثلة التى توضح ذلك ان الناقل، فى عقد النقل، لا يتوقع قيمة البضائع المنقوله الا في حدود ما هو معتاد، اى بضائع ذات قيمة عادية. فاذا ضاعت او تلفت فلا يجوز مطالبته بتعويض على اساس انها كانت بضائع

(١) نقض مدنى ١٠/١١/١٩٩٤ الطعن رقم ٤٣٠٠ س ٦٢ق.

باهظة الثمن لم يكن يعلم بقيمتها، وكذلك لا يسأل صاحب الفندق عن ضياع أمتعة النزيل الا في حدود القيمة المعتادة لهذه الامتعه، ولا تجوز مطالبته بالتعويض على اساس انها كانت تضم جواهر وامتعة باهظة الثمن لا يعلم عن كنهها شيئا، ولم تسلم اليه على اساس هذه القيمة، وكذلك الحال بالنسبة لرواد المطاعم ودور المسرح والسينما وغيرها. وبذات المنطق لو عهد شخص بقطع من السجاد النادر التاريخى لمحل للتنظيف، دون افصاح عن قيمتها واهميتها الحقيقية، فلا يسأل صاحب المحل الا في حدود القيمة العادية المتوقعة.

ففى جميع الحالات ما دام المتعاقد لا يتوقع، وقت العقد، نوع الضرر الباهظ او سببه او مقداره، فانه لا يسأل الا في حدود الضرر المتوقع فقط، ويكون امر تقدير الضرر، فى هذه الحالة، مرهون بظروف الحال وملابساته. وفى بعض الملابسات قد تكون القيمة غير العادية متوقعة، مثل ودائع كبار العملاء في مطعم عالمى (كمطعم مكسيم فى باريس مثلا)، اذ يكون متوقعا قيمة ملابس الفراء الفاخرة وغيرها مما اعتاد كبار هؤلاء العملاء على استخدامه، وذلك بعكس ودائع عامة الجمهور فى مطعم صغير متواضع فى احد ضواحى العاصمة ، او فى فندق من الدرجة الثالثة.

ويبرر جانب من الفقه القاعدة السابقة تبريرا مختلفا نسبيا، وذلك بالقول بان التعويض ما هو الا تنفيذ بديل مختلف، وان هذا التنفيذ المختلف لا يجوز ان يتجاوز قدر الالتزام الاصلى. وبالتالى فان التعويض ليس الا تعويضا جزئيا فى النطاق العقدي.. فالامر ليس امر تعويض بقدر ما هو تنفيذ بديل[1].

---

(١) راجع: تورنو ، مطول المسئولية المدنية، ط٣ رقم ٢٤٣

معيار تقدير الضرر المتوقع :

❊ يلاحظ من ناحية اولى ان تقدير الضرر المتوقع يتعلق بتقدير اهمية هذا الضرر بمعنى تقدير قيمته. ففي الامثلة السالفة الذكر لا يستطيع الدائن ان يطالب بالقيمة الحقيقية للاشياء الثمينة، وبالتالى لا يستطيع ان يطالب بتعويض كامل الضرر الحقيقى الذى لحق به من الناحية الفعلية، حيث انه لم يخطر المدين بتلك القيمة الحقيقية.

❊ ومن ناحية ثانية، فان تساؤلا ثار حول ما اذا كان يمكن ان نعتد، في **تقدير قيمة التعويض المشار اليه، بما قد يطرأ على الاسعار من تقلبات؟ وجد اتجاه فى فرنسا لفترة من الزمن يذهب الى تقدير التعويض وفق توقع المدين وقت ابرام العقد، باعتبار أن هذا الوقت هو الذى تبلورت فيه الارادة حول التوازن العقدى[1] غير أن القضاء الفرنسى اتجه منذ عام ١٩٥٤ الى ارساء** مبادئ جديدة فى هذا الشأن- تقوم على انه يجب ان ينظر إلى الضرر فى ذاته وفق طبيعته ومداه[2]، وليس باعتباره معادلا نقديا مخصصاً للتعويض، **وهو ما يعنى ان للقاضي سلطة تقديرية فى تحديد التعويض المناسب وقت صدور حكمه[3]. فمثلا لو التزم مقاول بتنفيذ اعمال معينه متفق عليها، وضمان تسليمها فى تاريخ محدد، فان اخلاله بالتزامه يستوجب التعويض وفقا لما ورد في تقرير الخبير المنتدب والذى اخذ في الاعتبار ارتفاع تكلفة البناء[4].**

(١) راجع: ستارك، السابق، رقم ١٤٤٨.

(٢) راجع : ستارك، السابق، ونقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٤ص ٥٣٤، وتعليق روديرك باريس ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٨، دالوز ١٩٨٩. in. Rap ص ٥

(٣) نقض تجارى فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٦٥ دالوز ١٩٦٥- ٤٤٩ ومدنى ٦ ديسمبر ١٩٨٣ جازيت دى باليه ١٩٨٤- ١١٠.

(٤) راجع : تورنو، السابق، رقم ٢٤٣.

* ومن ناحية ثالثة، فان تقدير الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع يؤخذ في شأنه بمعيار مجرد in abstracto بمعنى أن هذا التقدير يقاس وفق توقع الرجل العادى، من أواسط أمثال المدين (تخصصا وخبرة.. الخ)، اذا وجد فى ذات الظروف التى وجد فيها المدين. لذلك فان نزيل الفندق الذى يترك سيارته مغلقة داخل جراح الفندق، وبها بعض ملابسه وكاميرا للتصوير، فان اختفاء هذه الاشياء، يعتبر ضررا متوقعا يسأل عنه الفندق[١]. وكذلك الحال لو عهد شخص الى محل لتحميض الافلام واستخراج صورها، فان فقدان الفيلم بما يمثله من ذكرى خاصة وهامة بالنسبة للعميل، يعد ضررا متوقعا بالنسبة للمحل المشار اليه[٢].

ويترتب على ما سبق ان ظروف الحال وملابساته قد تؤثر فى تقدير الضرر من حيث كونه متوقعا أو غير متوقع. ولذلك فان ظروفا قد تطرأ ويكون من شأنها ان تجعل من الضرر غير متوقع، فى ضوء هذه الملابسات. ومن هذا القبيل ما قضي من ان مورد اجهزة التدفئة لا يسأل عن الاضرار التى تحدث نتيجة موجه برد شديدة أدت الى تجميد سائل التدفئة، اذ ان الضرر المترتب على هذه الظروف يعد ضررا غير متوقع، لانه ترتب على ظرف استثنائى[٣].

ويقدر قاضي الموضوع وجود الضرر وحدوده، دون ان يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض. اما تقدير القاضي لكون الضرر متوقعا او غير متوقع، فانه يعدمن مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض، باعتبار ان هذا البحث يَصُبُّ فى تحديد فحوى الالتزام العقدى للمدين.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ١٨ يناير سنة ١٩٨٩ دالوز ١٩٨٩Inf. Rap. -٣١.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٩٨٩ دالوز سنة ١٩٨٩ inf.Rap - ٤٧ .

(٣) راجع: حكم محكمة باريس ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٩١ دالوز ١٩٩٢ ملخص ص ٢٧١.

*** استثناءً مسئولية المدين فى حالة الغش والخطأ الجسيم عن تعويض كامل الضرر (المتوقع وغير المتوقع):**

نصت المادة ٢٢٠/ ٢ مدنى « ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين، الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

ويحدد هذا النص مسئولية المدين عن الضرر المتوقع اذا لم يقع منه غش او خطأ جسيم، ومفاد ذلك انه فى حالة الغش والخطأ الجسيم فان المدين يسأل عن تعويض كافة الاضرار التى تلحق بالدائن بما فى ذلك الاضرار غير المتوقعة.

*** والغش هو الخطأ العمدى Faute intentionnelle** : فهو يقوم على مسلك واع من المدين يتجه فيه بارادته الى الحاق الضرر بالدائن عمداً، وبالتالى فان تقدير هذا الخطأ يكون تقديراً واقعيا بالبحث فى نفسية المدين حال اخلاله بالالتزام، حتى يُقَيِّمَ القاضى مسلكه وينتهى الى ما اذا كان هذا المسلك يعد غشا ام لا يعد كذلك. والقاضي فى بحثه في هذه الجزئية يستعين بملابسات الاخلال والظروف التى احاطت به، على نحو يؤدى الى اسناد فعل الاخلال بنيه الاضرار الى المدين. ويترتب على هذا المنطق ان الغش لا يمكن ان ينسب لمدين اخل بالتزامه حال كونه في حالة سكر أو في حالة غيبوبة او اضطراب عقلي. فالغش يفترض وعيا وادراكاً لحقيقة الإضرار بالدائن عمدا وعن قصد[1]. ويتعين - فى رأينا - أن يستخلص القاضى

---

(١) راجع : نقض مدنى فرنسى ٢٥ مارس سنة ١٩٩١ دالوز ١٩٩١ .Inf. Rap ص ١٠٥

عندما يقـرر توافر الغش، وضوح ارادة المـدين في الاضرار بالدائن[١]، ومعنى ذلك ان استخلاص الغش على نحو المعنى السابق، يجب ان يقوم على اسباب سائغة يوضحها الحكم.

* أما الخطأ الجسيم Faute lourde ، فـهو ليس خطأ عـمـديا ولكنه يعامل ذات المعاملة، أى يأخذ ذات الحكم. والخـطأ الجسيم هو خطأ على قدر من الجسامة والفجـاجة غير المقبولة، وقد يكون الخطأ الجسيم متمثلا فى حالة واحدة يرتكب فـيهـا المدين خطأ فادحـا، وقد يتكون الخطأ الجسـيم من تراكم عـدة اخطاء عادية. بمعنى ان كل خطأ مـنها لو أخـذ بمفرده لكان خطأ عـاديا، لكن الجسامة تأتى من التكرار غير الطبيعى.

ومن أمثلة الخطأ الجسيم تكرار سرقة البـضائع لدي متعهد النقل، او لدى المودع لديه، وكذلك الجهـل الفاضح من جانب الطبيب بأصـول مهنته، أو من جانب الناقل عندمـا يجرى مثلا مناورة خـاطئة حال وجود مقطـوره بسيارته، كذلك الحـال عندما يترك ربان السـفينة قـيادة سفـينته حال دخـولها ممر خطر وضيق، أو حال اجراء مناورة خطرة، أو قيام مـستأجر بوضع خزان مملوء بمادة قابلة للاشتعال بجوار مخزن لمواد من الخشب أو القش او التبن.

ويفـرق البـعـض بين الخطأ الجـسـيم والخطأ غـيـر المغـتـفـر Faute inexecusable ويعتبرون ان الخطأ غير المغتفر عادة ما يكون خطأ عمديا.

ونعتقد انها تفرقه لا لزوم لهـا باعتبار ان الخطأ العمدى يدخل في منطقة

(١) راجع : نقض مدنى فـرنسى ٧ مايو سنة ١٩٨٠ دالوز ١٩٨١ - ٢١، و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ فى الاسـبوع الـقانونى ١٩٨١-٤- ١١٣، و ١٠ أبريل سـنة ١٩٩٦ الاسـبوع القـانونى سنة ١٩٩٦-٤- ٣١١٦- وقـد كانت مـحكمـة النقض الفرنـسيـة، قبل هـذه الاحكام تتسـاهل وتتوسع في معنى الغش : مثلا نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٧٣، دالوز ١٩٧٣-٩٠

الغش. والنتيجة في جميع الحالات واحدة، وهي المسئولية عن جبر كافة الاضرار بما في ذلك الاضرار غير المتوقعة[١].

المقصد الثاني

التعويض عن الضرر الادبي

الضرر الادبي هو ما لا يمثل مساسا بمصلحة مالية او بحق مالي، ولذلك فانه لا يعد قيمة اقتصادية في ذاته، ولا يمس بالتالي اي عنصر من عناصر الذمة المالية لمن يدعيه، وهو ما يترجم ان الضرر الادبي هو مساس بمصلحة غير اقتصادية أو بحق من الحقوق غير المالية. وعادة ما يتلازم الضرر الادبي مع ضرر مادي يصيب الدائن. فعندما يصاب شخص في حادث فانه يدعي اضرارا مادية تتمثل في مصاريف العلاج، وفقدان اجره عن مده انقطاعه عن العمل مثلا، ولكنه قد يدعي ايضا ضررا ادبيا يتمثل فيما عاناه من آلام نتيجة للحادث. وهناك فروض قد يكون الوجه الغالب فيها مبدئيا هو الضرر الادبي كما في حالات التعدي، في المسئولية التقصيرية، على شخص باتهامه بما يستوجب عقابه، كالسرقة أو النصب او خيانه الامانة، أو بسبه بما يستوجب احتقاره بين اهله وذويه. ففي مثل هذه الحالات الاخيره، يكون الضرر اساسا وغالباً، أدبيا بحتا. ومع ذلك فقد يترتب على التعدي ضرر مادي، كما اذا ادى القذف او السبب الي انهاء خدمته فانقطع مورد رزقه المالي.

ويلاحظ ان التعويض عن الاضرار الادبية اكثر تصورا في نطاق الفعل الضار (المسئولية غير العقدية)، حيث لم يجادل احد في ان من يتعرض لجريمة القذف او السب، او لافعال التشهير بسمعته، يستحق تعويضا عن الاضرار

---

(١) راجع : كاربونيه، رقم ١٥٦.

الادبية التى تلحق به، فسمعة الانسان هى «رأسمال كيانه المعنوى». والمساس بها يلحق بالشخص ضررا ادبيا واضحا، يستحق عنه التعويض.

غير ان اجازة التعويض عن الضرر الادبى اثارت جدلا قديما فى فرنسا فى شأن أضرار الالم النفسي والحزن الذى يدعيه شخص من جراء موت شخص عزيز عليه، سواء فى اطار المسئولية غير العقدية، او في اطار المسئولية العقدية.[1] كموت المسافر فى حادث اثناء تنفيذ عقد النقل، أو موت المريض في العقد الطبى. فقد نازع البعض، ابان القرن التاسع عشر، في فرنسا، فى مشروعية مثل هذا التعويض، وذلك على سند من ان التعويض النقدي عن ضرر الحزن والاسى المدعى به، لا يجدى شيئا، ولا يعد تعويضا بالمعنى القانونى، فالنقود لا تعيد المتوفى الى الحياة بطبيعة الحال، وهى ليست وسيلة لرفع الحزن والاسى او دفعهما فى حالة فقد شخص عزيز. يضاف الى ذلك ان هناك صعوبة فى تقدير ما يكفى لمثل هذا التعويض. فكيف يمكن تقدير خسارة الابن أو الاب او الشقيق بمبلغ من المال.

ورغم وجاهه هذه الاعتراضات نظريا الا انها لم تصمد امام الدفاع عن التعويض عن الضرر الادبي، ذلك ان صعوبة تقدير الضرر، بمعيار مالى، لا يجوز ان تحرم المضرور من قدر يمثل الحد الادنى من التعويض الذى يستحقه عما عاناه من الم وحزن ، خاصة وان التعويض عن الضرر المادى بدوره ليس دائما خاضعا لتقدير صحيح تماما، بل قد يكون بدوره صعب التقدير، فمثلا من يفقد مخطوطا نادرا او اثريا، أو لوحة نادرة او تاريخية، يتعذر ان نقيم قدر الضرر المادى الذي لحق بـه على نحو صحيح، ولكن هذه الصعوبة لا تحول

---

(١) خاصة فى عقدى النقل والعلاج الطبى.

دون الحكم بالتعويض. اما ان حياة المتوفى لا يمكن ان تحسب خسارتها الأدبية ماليا، أو ترجمة الالم الناشئ عنها ماليا، فهو بدوره منطق لا يجوز ان يحول دون التعويض، الذى يستهدف تخفيف الالم، ويحمل معنى المواساة والمساعدة على تجاوز الحزن والاضرار النفسية(١).

وفى القانون المصرى جاءت المادة ٢٢٢ مدنى لتقرر حلا وسطا ومعتدلا، بين رفض التعويض مطلقا او اجازته مطلقا، حيث نصت على ان «يشمل التعويض الضرر الادبى ايضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق، او طالب الدائن به امام القضاء» ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصبهم من الم من جراء موت المصاب».

ويتضح من هذا النص ان المشرع وضع حكمين فى شأن التعويض عن الضرر الادبى:

الحكم الاول: هو تقرير حق المضرور فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبى (الذى لحق به شخصيا) وهو ما يتفق مع مبدأ ان التعويض يشمل الضرر الادبى والضرر المادى، فاذا ما اتفق المضرور مع المسئول على قدر التعويض (أى تحدد التعويض رضاء)، أو قضى له به بحكم قضائى، فان قدر التعويض يعد ضمن تركه المتوفى ويجوز لورثته، على هذا الاساس، مطالبة المسئول به، باعتباره جزءاً من تلك التركة. أما اذا عاجلت الوفاة المضرور قبل الاتفاق على التعويض عن الاضرر الادبي، أو قبل الحصول على حكم قضائى به، فان الورثة لا يستطيعون المطالبة به الا اذا كان مورثهم قد رفع به،

(١) راجع : حكم قديم للدوائر المجمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونيو سنة ١٨٣٣ وتقرير المحام العام عن الموضوع فى سيرى ١٨٣٣-١-٤٥٨،
وراجع: مازو ودى جوجلار، رقم ٤١٧ وما بعدها.

على الاقل، دعوى قضائية، حتى ولو لم تكن قد حكم فيها. وقد رددت محكمة النقض هذا الحكم بقضائها بان «التعويض عن الضرر الادبى عملا بنص المادة ١٢٢/ ١ مدنى لا ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به امام القضاء، فاذا كانت الطالبة لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض كما ان مورثها لم يطالب به امام القضاء قبل وفاته، فانه لا ينتقل الي ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به[(١)]».

ويلاحظ ان الحكم الاول السالف ذكره يتعلق بالتعويض عما يصيب المضرور نفسه من ضرر ادبى، وحالات انتقال هذا الحق للغير.

أما الحكم الثانى والوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ مدنى فيتعلق بالتعويض عن الضرر الشخصى المباشر الذى يلحق غير المضرور من جراء موته، وقد حددت الفقرة المذكورة الحق فى التعويض عن الضرر الادبى في هذه الحالة بأنه لا يجور الا للازواج والاقارب حتى الدرجة الثانية، وبالتالى لا يجوز لغير هؤلاء ان يطالب بتعويض عن الضرر الادبى المتمثل في الالم الناتج عن **موت المضرور**[(٢)].

---

(١) نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨- ١١٣، و ٢٠ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض س ٩-٥١.

(٢) **وقد قضى بأن الاصل فى المسئولية المدنية وجوب تعويض كل من اصيب بضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الادبى على انه اذا كان الضرر الادبي ناشئا عن موت المصاب، فان اقرباءه لا يعوضون جميعهم عن الضرر الذى يصيبهم شخصيا اذ قصر المشرع في المادة ٢٢٢/ ٢ التعويض على الازواج والاقارب للدرجة الثانية، ولازم ذلك ان المشرع قد خص هؤلاء الاقارب بالحق فى التعويض عن الضرر الادبى فلم يكن ليحرمهم مما لهم من حق اصيل فى التعويض عن الضرر المادى ان توافرت شروطه: نقض مدنى ٣٠ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض، س ١٥- ٦٣١، وراجع: في مغايرة طلب التعويض عن الضرر الادبي المرتد لطلب التعويض عن الضرر الادبى الشخصى، نقض ٢١ ابريل سنة ١٩٩٦ طعن ١٩٩٥ س ٦١ قضائية.**

غير أن التساؤل قد يثور حول **حق الاقارب فى التعويض عن الضرر الادبى فى غير حالة الوفاة.** كمن يطلب تعويضاً عن الضرر الادبي الذى لحقه نتيجة لعجز قريبه، أو اصابته بعاهة أو تشوه.. الخ.

قضت محكمة النقض المصرية، في هذا الخصوص ان **مفاد النص فى الفقرة الاولى من القانون المدنى على ان يشمل التعويض الضرر الادبى ايضا..» وفى الفقرة الثانية على انه «ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب للدرجة الثانية عما يصيبهم من الم من جراء موت المصاب».** ان المشرع اتى فى الفقرة الاولى بنص مطلق من اى قيد، ان الاصل فى المسئولية المدنية وجوب تعويض كل من اصيب بضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى **أو الضرر الادبي وسواء نجم عن العمل غير المشروع الموت ام اقتصر الامر على مجرد الاصابة، ولا يحد من عموم هذا الفقرة ما ورد فى الفقرة الثانية من قصر حق التعويض عن الضرر الادبى فى حالة موت المصاب علي اشخاص معينين على سبيل الحصر وهم الازواج والاقارب الى الدرجة** الثانية، ذلك ان المشرع وان كان قد خص هؤلاء الاقارب الى الدرجة الثانية بالحق فى التعويض عن الضرر الادبى فى حالة الموت فلم يكن ذلك ليحرمهم **مما لهم من حق اصيل فى التعويض عن الضرر الادبى فى حالة ما اذا كان الضرر ادبيا وناشئا عن الاصابة فقط، ولو كان المشرع قصد منع التعويض عن الضرر الادبى لذوى المصاب في حالة اصابته فقط لما اعوزه النص على ذلك** صراحة على غرار ما نص عليه فى الفقره الثانية من المادة سالفة الذكر حين قيد فيها الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الادبى في حالة الموت. **وما يؤكد ذلك ان لفظه «إلا» وردت قبل تحديد فئات المستحقين للتعويض ولم**

ترد بعد تعدادهم حتى ينصرف القصد منها في النص على قصر التعويض على حالة موت المصاب. وليس معنى ذلك انه يجوز للمضرورين مهما كانت درجة قرابتهم للمصاب المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبى الذى لحق بهم من جراء اصابته. فان ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره فى كل حالة على **حده حسبما لحق بالمضرورين من الم ولوعة وحسرة من جراء اصابته، وبحيث لا يجوز ان يعطى هذا التعويض لغير الاقارب الى الدرجة الثانية استهداء بما هو منصوص عليه فى الفقرة الثانية التى اعطت لهم الحق في التعويض فى حالة الموت وهو بطبيعته اشد وطأة من مجرد الاصابة»**[1].

وبذلك تكون محكمة النقض قد رجحت الحق في التعويض عن الضرر الادبى لغير المضرور ايضا، سواء كان تعويضاً عن الم الموت او تعويضا عن الاصابة، وقيدت المستحقين بالدرجة الثانية، **عملا بصراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ مدنى فى حالة الموت، واستهداءً بها في حالة التعويض عن الضرر الادبى لاقارب المضرور عن آلمهم لاصابته.**

وآخيرا فاذا استقر الامر علي تعويض الاضرار الادبية الناشئة سواء للمضرور أو لاقاربه، عن الوفاء أو عن الاصابة في حدود ما سلف ذكره، فان مظاهر جديدة قد ظهرت لمثل هذا التعويض، حيث ظهر فى فرنسا، ما يسمى التعويض عن فقدان بهجة الحياة. فاصابة الشخص بعجز يعكس ضررا ماديا **محققا، يتمثل فى مصاريف العلاج وفقدان فرص العمل، ولكنه يؤدى الى ضرر ادبى يتمثل في المعاناة التى يصادفها يوميا من الم وحسرة عما حاق به**

---

(١) نقض مدنى ٢٩/ ٤/ ١٩٩٣ : طعن رقم ٧٥٥ س ٥٩ق .

وعن حرمانه من التمتع بمباهج الحياة التى يتمتع بها غيره، وكذلك الحال اوصيب الشخص بما يشوه جمال وجهه وخلقته، وهو ما يسمى الضرر الجمالى، وكذلك الحال اذا اصيب الشخص بفقدان احدى حواسه، او بضعف فيها، او بضعف فى قدرته الجنسية، او تعذر ممارسة الرياضة.. الخ. ففى مثل هذه الحالات يترتب الالتزام بالتعويض على المستوى المادى وعلى المستوى الادبي[1].

---

(١) راجع : مازو ودى جوجلار، رقم ٤١٧ وما بعدها، وراجع نقض جنائى فرنسى ٢٦ مايو سنة ١٩٩٢ في الاسبوع القانونى ١٩٩٢-٤- ٢٨٤٣، ونقض مدنى فرنسى ٦ يناير سنة= ١٩٩٣ بلتان المدنى -٢- رقم ٦ وملاحظات الاستاذ جوردان في المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٩٣ ص ٥٨٧، ونقض مدنى فرنسى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٢ في الاسبوع القانونى سنة ١٩٨٣-٢- ١٩٩٢٣ وتعليق الاستاذ شابا، وقد توسع القضاء الفرنسى الى درجة الحكم بتعويض الاضرار الادبية الناجمة عن موت كلب بخطأ الطبيب البيطرى (نقض مدنى فرنسى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٢ السابق الاشارة اليه)، كما قضى بتعويض رب العمل - المعوق- في اطار عقد المقاولة عن الاضرار الادبية التى اصابته نتيجة لمماطلات المقاول وكثرة التقاضي الذي عانى منه بسبب عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية. (نقض مدنى فرنسى ١١ يناير ١٩٣٤ فى الاسبوع القانونى ١٩٨٤ -٤- ٨٧، والتعويض الادبى عن الاصابة بفيروس الايدز: باريس ٢٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى دالوز ١٩٩٣inf. Rap -١١٧.

المبحث الثالث
رابطة السببية

اذا توافر الاخلال بالالتزام العقدى، ولحق بالدائن ضرر، فلابد لتحقق المسئولية العقدية، من توافر رابطة السببية بين هذين العنصرين، ومعنى ذلك ان يكون الضرر ناتجا عن اخلال المدين بالتزامه العقدى، وفى هذا المعنى تنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى على ان ..« يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول».

* ويتطلب هذا النص رابطة سببية مباشرة بين الاخلال بالالتزام العقدى والضرر الذى حاق بالدائن، وقد تدق مسألة السببية فى كثير من الفروض العملية امام القضاء، وفى هذه الحالة يكون للقاضي ان يقدر وفقا لقرائن الاحوال توافر السببية المباشرة او عدم توافرها.

ومن تطبيقات مشكلات السببية، فى النطاق العقدي، مسئولية صاحب الفندق عن اضرار الحريق الذى شب فى الدور الارضي، رغم عدم معرفة سببه، مادام الثابت ان انتشاره الى غرف العملاء كان بسبب طبيعه المواد المستخدمة فى ديكورات الغرف والطوابق المختلفة[1]، وكذلك مسئولية متعهد صيانة المصعد عن اصابة احد السكان، بسبب القصور الواضح فى اجراءات الوقاية[2]. وعلى العكس مما سبق لا تتوافر علاقة السببية بين اهمال

(١) نقض مدنى فرنسى سنة ١٩٨٥ الاسبوع القانونى ١٩٨٥-٤- ١٣٩.

(٢) محكمة باريس سنة ١٩٨١ جازيت دى باليه ١٩٨٢- ١- ملخص ١٨٤، وراجع : عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، ١٩٩٠، رقم ١٥٨.

الطبيب إخطار المستشفى بحالة المريض، من حيث محاولته الانتحار، وبين اصابة المريض بجروح اثناء هذه المحاولة[١]. ويلاحظ ان علاقة السببية قد تكون مرجحة فى ضوء ظروف وملابسات حدوث الضرر، مما يخلق قرينه علي وجود هذه العلاقة، وفى مثل هذه الحالة علي المحكمة اذا نفت قيام السببية ان تقيم حكمها علي ما يسانده من اسباب سائغة. ومن ذلك ان احد اصحاب المحلات، فى فرنسا، قد تعرض لسرقة متجرة رغم انه زود، عن طريق شركة متخصصة، هذا المتجر بجهاز انذار ضد السرقة، ولكن ثبت انه حال وقوع السرقة لم يعمل الجهاز كما كان متوقعا. قضت محكمة الاستئناف ان الدليل لم يتوافر على قيام رابطة السببية بين حادث السرقة وتعطل جهاز الانذار اذ ليس من المؤكد ان السرقة لم تكن لتقع ولو كان الجهاز في حالة تشغيل عادى. وبالتالى فإن رابطة السببية تكون متراخية وغير مؤكده، ولا يكون الضرر مباشرا في علاقته بخطأ شركة اجهزة الانذار، وبالتالى رقضت المحكمة الحكم بالتعويض. طعن فى هذا الحكم امام محكمة النقض الفرنسية، فقضت بان الحكم المطعون فيه اذ لم يبين لماذا انتفت علاقة السببية بين خلل جهاز الانذار والضرر الذي حاق بصاحب المتجر، ولم يبين لماذا اعتبر ان السببية المذكورة غير مباشرة، فانه، اى الحكم، يكون معيبا بالقصور فى التسبيب[٢].

* ومن ناحية ثانية، فقد يترتب على الاخلال بالالتزام العقدى تتابع في الاضرار، بعضها اثر البعض الآخر، وفي هذه الحالة يتعين الوقوف عند الضرر الذى يعود الى نشاط المدين، والى اخلاله بالتزامه مباشرة، ومن الامثلة التى

(١) نقض مدنى فرنسى ١١ ديسمبر ١٩٨٤ دالوز ١٩٨٥. inf. Rap ٣٦٧.

(٢) نقض تجارى فرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٨١ بلتان المدنى -٤- ٣٥٤، وراجع: نقض مدنى فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٨٤ دللوز ١٩٨٥. inf. Rap ص ٣٦٧.

تثير هذه المسألة ان شخصا باع منزلا خاليا لاحد المشترين، ولكن الاول، لم يقم بتسليم المنزل للثانى. وازاء ذلك اضطر المشترى ان يؤجل تسليم العقار لشخص استأجره منه، وان يستأجر له منزلا بديلا احتاج الى اصلاحات ونفقات، مما اضطره الى الاقتراض من البنك بفائدة مرتفعة، ونظراً للتأخير فى **اصلاح المنزل واعداده لإقامة المستأجر، اضطر المؤجر الى انزاله فى فندق الي حين تمام الاصلاح، مع استمرار فوائد القرض فى السريان. كل هذه الاضرار المتعاقبة نشأت عن اخلال بائع المنزل بالتزامه بتسليم المنزل المبيع للمشترى**[1].

وفي مواجهة الفرض السابق، والحالات المماثلة له، يكون تطبيق المبدأ الوارد فى المادة ٢٢١ مدنى السالف ذكرها، والتى تحدد التعويض عن الاضرار التى تكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخير فى الوفاء به»، أي **يكون التعويض عن الضرر المباشر**، وواضح ان هذا المعنى يعطى نطاقاً ضيقاً للاضرار واجبة التعويض. والضرر المباشر هو النتيجة المباشرة للاخلال **بالالتزام العقدى، وبالتالى لا يكون كذلك الا الضرر المرتبط بالضرورة** بالخسارة المتحققة مباشرة عن الاخلال بالعقد. وفى المثال السابق يكون الضرر المباشر، الناتج عن عدم تسليم المنزل المبيع، هو اضطرار المشترى ان يستأجر منزلا بديلا، اما الاضرار التى تتابعت ومنها ان المنزل الذي استأجره يحتاج الى اصلاحات اقتضت مصاريف... الخ فهذه الاضرار اللاحقه لا تعد خسارة مباشرة، وبالتالى لا تدخل فى منطقة التعويض عن أضرار الاخلال **بالالتزام العقدي. ويؤكد ذلك ان المشترى لم يكن مضطرا الى ان يستأجر** منزلا يحتاج إلى اصلاحات، بل كان فى امكانه ان يتوقى ما ترتب علي حالة

---

(١) راجع : لاروميه Larroumet ، القانون المدنى، الجزء الثالث، ط٣، رقم ٦٦٠، وراجع عبد الناصر العطار، السابق.

هذا المنزل ببذل جهد معقول في البحث عن بديل افضل وغير مكلف. ومعنى ذلك انه فيما يجاوز الضرر الاول والمباشر فان السببية قد انقطعت بالنسبة لما اعقب ذلك من خسائر.

* ومن ناحية ثالثة، فقد تتعدد الاسباب التى تساهم فى احداث الضرر، فقد ينسب الاخلال بالالتزام العقدى لاكثر من مدين، وقد يساهم المدين فى احداث الضرر الى جانب شخص من الغير يدلى بمساهمته ايضا. ومن امثلة ذلك اصابة طفل اثناء جلوسه في احد مطاعم الخدمة الذاتية بواسطة احد الاجهزة الميكانيكية لتحريك المناضد. تبين ان الحادث يعود الى خطأ مزدوج: خطأ الغير، مورد الاجهزة الميكانيكية، حيث انه لم ينبه الى خطورة الجهاز في الاستعمال، وخطأ صاحب المطعم (وهو المتعاقد مع العميل المصاب) والمتمثل فى انه لم يوفر، من نفسه، جهازاً للامان. وفي هذا المثال تكون مسئولية صاحب المطعم عقدية، فى حين ان مسئولية الغير تقصيرية، وبالتالى يكون المسئولان ملتزمين بالعويض على سبيل التضامم[١].

* ومن ناحية اخرى فقد يسهم الدائن ذاته فى الحاق الضرر بنفسه، وفى هذه الحالة يتوزع عبء المسئولية بين الدائن والمدين[٢]، كل بقدر مساهمته فى النتيجة الضارة التى تحققت، اما اذا كان خطأ الدائن لم يقف عند حد المساهمة

---

(١) راجع: ستارك، السابق رقم ١٤٨٠ وما بعدها، وراجع لاحقا مشكلات السببية، حيث نعرض لها في نطاق المسئولية غير العقدية بالتفصيل.

(٢) ومن ذلك ان يعهد شخص بعمل لاخر وهو يعلم انه ليس على قدر المهارة الكافية لانجازه، او ان يهمل صاحب مطعم فى العناية بالسلم الكهربائى ويثبت ان المضرور لم يكن بدوره حريصا حال استعماله لهذا السلم، باريس ١٧ فبراير سنة ١٩٨٢ جازيت دى باليه، ١٩٨٣ -٢- ملخص.

في احداث الضرر، بل كـان هذا الفعل هو سببها الوحيـد، فان المدين لا يسأل عن اى تعويض، ولا يتوافر في حقه وصـف الاخلال بالالتزام العقدي، وتثار في مناسبـه خطأ الدائن ومسـاهمته فى احـداث الضرر، مسـألة تثار غـالبا فى المسئوليـة عن اضرار الممارسات الرياضيـة، وهى عمن يشترك في مبـاراة لعبة خطرة، كالملاكمة او المصارعة، أو التزحلق على الجليد، وهل يمكن ان يوصف بانه قد قـبل المخاطر الناتجة عن هذه المخاطرة بما يعـفى الطرف الاخر او منظم المباراة من المسئـولية جزئيا؟ يبـدو ان العدالة تقتضي ان يتـحمل الشخص في هذه الحـالة جزّء من المسـئوليـة، وفق ما يقـرره القاضي فى ضـوء ملابـسات العلاقة وظروفها. ومن الامثلة علـي هذه الحالة، ان يقبل شخص الاشتراك فى مسابـقة للسيارات فى امـاكن جبلية وعرة. أو ان يقـبل متسابق الاشـتراك في مسابقـة للتزحلق على الجليد في مكان لا يوجود به ممر ممهـد لهذا الغرض، أو فى وقت تسوده الغـيوم التى تعوق الـرؤية. وفي مثل هذه الفروض لا يتـوافر الاعفـاء الجزئى من المسـئولية الا اذا ثبـت ان المضرور كان مـشتركـا مبـاشرة وبطريقة ايجابية فى السـباق فضلا عن ثبوت **علمه الفعلى بالمخاطر** التى يمكن ان يتعرض لها وقبوله لها[1].

* وأخيرا، هناك حالات تنعقد فيـها مسئولية المدين عن تعويض الدائن، رغم ان نشاط هذا المدين لا علاقة له بالضرر علي وجه سببى محدد.

---

(١) محكمة ريـن بفرنسا Rennes، فبـراير سنة ١٩٨٢ دالوز ١٩٨٣ ص ٢٠٩Inf. Rap، وباريس ١٤ أكتـوبر سنة ١٩٨٨ دالوز ١٩٨٨ Inf. Rap٢٦٦ ، ومحكمة اكس Aix ٦ فبراير سنة ١٩٨٠ دالوز ١٩٨٠Inf Rap ٩١ والتعليـق، باريس ٢٣ ديسمـبر سنة ١٩٨٥ جازيت دى باليـه، وراجع اونورا Honorat، فكرة قبـول المخاطر، رسـالة من باريس سنة ١٩٦٩ وفينى، شروط المسئولية، رقم ٥٧٣ وما بعدها.

ومن ذلك الحالات التى يلتزم فيها المدين بالضمان، ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الضمان منصوصا عليه فى القانون، كما هو الحال في ضمان العيوب الخفية فى الشئ المبيع (وفقا للمادة ٤٤٧ مدنى) أو أن يكون ضمانا بحكم الاتفاق كأن يضمن البائع للمشترى توافر صفات معينة فى الشئ المبيع. ففي مثل هذه الحالات يسأل المدين بموجب الضمان اذا تحقق ما يستوجبه قانونا أو اتفاقا، ولا يشترط فى هذه الحالة اثبات السببية بين نشاط محدد للمدين وبين النتيجة الضارة التى يتحقق بها هذا الضمان.

ونعرض فيما يلى بقدر من التفصيل، لمشكلات إنتفاء علاقة السببية، فى المسئولية العقدية، من خلال عرض أثر السبب الاجنبي على مسئولية المدين.

المطلب الاول
انتفاء علاقة السببية (السبب الأجنبى)

السبب الاجنبى هو حدث او واقعة يسند اليها المدين حدوث الضرر كليا أو جزئياً، على نحو يستهدف نفى المسئولية عن شخصه عن كل الضرر أو عن جزء منه. وهو، على هذا النحو، وسيلة دفاع يتحصن بها هذا المدين.

غير أن السبب الاجنبى، كوسيلة للدفاع، لا يتخذ صورة واحدة، بل يتخذ عدة صور مختلفة، فقد يتمثل في عمل ايجابى أو سلبى منسوب الى الدائن ذاته، ويكون هذا الفعل أو الامتناع هو السبب في حدوث الضرر الذى لحق به. وقد يتمثل فى فعل شخص من الغير ينسب اليه ذلك الضرر. وأخيرا قد يتمثل السبب الاجنبى فى قوة قاهرة لم يكن في الوسع توقعها ولم يكن من الممكن دفعها هى التى حالت بين المدين وتنفيذ التزامه، وينسب الضرر الذى لحق بالدائن اليها.

وفي جميع هذه الصور تعنى كلمة السبب الاجنبى أنه أجنبى عن المدين أى أنه غير مسئول عنه، والا ما استحق هذا الوصف. ومن ناحية ثانية فإن عبء اثبات توافره يقع على المدين الذى اخل بالتزامه وألحق بالدائن الضرر الذي يطلب التعويض عنه. وأخيرا لابد ان يثبت ان هذا السبب الاجنبى هو الذي احدث الضرر سواء بصفة كلية او بصفة جزئية. ومعنى هذا التحديد الاخير وجوب قيام رابطة سببية بين الضرر الذي لحق بالدائن والسبب الاجنبى، وفي حدود مساهمة هذه السببية يكون قدر اعفاء المدين من المسئولية.

(١) راجع : محمود عبد الرحمن، نظرية العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص ٧٣٨ وما بعدها. وبحث: عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية فى المسئولية المدنية، دار النهضة العربية بالقاهرة.

غيـر أن كون السـبب اجنبيـا عن المدين اثارت جدلا حـول مفـهوم هذا الوصف وحـدوده. فمن الفـقه من رفض اشـتراط هذه الصـفة من اسـاسهـا، ومنهم من تطلبهـا، وكان الجدل، فى هذا الخصوص، وعـلى نحو خاص، في صدد القوة القاهرة.

ونعرض فـيمـا يلى للسبب الاجنبى : الـقوة القاهرة - خطـأ المضرور- فعل الغير.

المقصد الاول
القوة القاهرة Force majeure

القوة القاهرة هى حدث لا يمكن توقعـه ولا يمكن دفعه، يؤدى الى اعفاء المدين (المدعى عليـه)، من المسـئوليـة، سـواء كانـت مسـئوليـة عقـديـة أو مـسئـوليـة تقصـيـرية. ويطلـق على القـوة القـاهـرة، أحيـانا، اسـم الحـادث المفاجئ Cas fortuit[1]. ويقصـد به ذات المعنى، ويؤدى بالتالى الى ذات النتيـجة. والقـوة القاهرة تدخل فى نطاق الـسبب الاجنبى الذى اشـارت اليه المادة ٢١٥ مدنى بقـولها «اذا اسـتحال على المدين ان ينفـذ التزامـه عينا حكم

(١) كانت جانـب من الفقه الفرنسى يفـرق بين القوة القاهرة والحادث المفـاجئ، على اساس ان الأولى هى حادث لا يمكن دفـعه وينشأ عن قوة خارجـية كالعواصف والاعـاصير والزلازل والحروب، أما الحادث المفـاجئ فكان ينظر اليه على انه حدث يمثل عقبـة داخلية ويصدر عن ظروف تتـعلق بالمدين مثل خطأ أحـد تابعيـه أو عيب خـفى في الاجهـزة التى يستـخدمـها، وبالتالى فان القـدرة على دفعه تضحى مسألة نسـبية. غير ان هذه التفرقـة قد هجرت نظرا لما يشتـرط فى الحادث، الذى يعـفى من المسئـولية، ان يكون دائمـا غير ممكن دفـعه وغـير ممكن توقعه، وبالـتالى اصبح الاستخدام الشائع هو لتـعبير القوة القاهرة فقط: راجع : بـالفرنسية: انتومانى Antonmattei فى رسالة عن القوة القـاهرة، باريس سنة ١٩٩٢، ورسالة رمزى مبروك، من جـامعـة نانت بفـرنسـا عـن القوة القـاهرة فى قـانون الالتزامـات، نانت ١٩٨٦ (بالفـرنسية)، ومـازووتنك، مطول المسـئولية المدنـية، ط ٥، رقم ١٥٥١ وما بعـدها، وراجع محمود عبد الرحمن، السابق.

عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لايد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه».

وتختلف اهمية اثبات القوة القاهرة، للاعفاء من المسئولية، باختلاف نوع الالتزام الملقى على عاتق المدين. ففى حالة الالتزام بتحقيق نتيجة تلعب القوة القاهرة دورا هاما فى الاعفاء من المسئولية. ذلك ان المدين يضحى مسئولا بمجرد تخلف النتيجة التى التزم بتحقيقها، دون ان يكلف الدائن بأى عبء فى الاثبات أكثر من اثبات عدم تحقق النتيجة المبتغاة. وفي هذه الحالة لا يعفي المدين من المسئولية لمجرد نفى الخطأ بل يجب عليه اثبات السبب الأجنبى. فهذا الاخير وحده هو الكفيل باعفائه من المسئولية. وهذه الاهمية كما تثبت فى المسئولية العقدية عن عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، تثبت ايضا فى المسئولية غير العقدية التى لا تنتفى بنفى الخطأ، كما هو الحال فى المسئولية عن حراسة الاشياء المقررة فى المادة ١٧٨ مدنى وفى المسئولية عن حراسة الحيوان وفقا للمادة ١٧٦ مدنى.

أما اذا كان التزام المدين هو التزام ببذل عناية، فان المدين غير مكلف بالاثبات مبدئياً، اذ الفرض انه بذل العناية الواجبة، وعلى الدائن، الذى يسعى الى اثبات مسئولية المدين، ان يقيم هو الدليل، على ان هذا المدين قد اخطأ بان لم يبذل العناية الواجبة والمطلوبة منه، فاذا اقيم هذا الدليل افترضت علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن، وفى هذه الحالة لا يلجأ المدين الى اثبات القوة القاهرة الا بقصد الوصول الي اعفاء جزئى من المسئولية وذلك من خلال اثبات ان القوة القاهرة قد ساهمت الى جانب

خطئه فى الحاق الضرر بالدائن. والامر فى هذه الحالة متروك لتقدير القاضى فى تحقيق مدى وحدود السببية بين الضرر من ناحية والقوة القاهرة وخطأ المدين من ناحية أخرى.

وذات القدر المحدود من الاهمية، فى استخدام فكرة القوة القاهرة، يبدو ايضا فى حالات المسئولية غير العقدية القائمة على خطأ مفترض، كمسئولية متولى الرقابة، اذ يجوز لمتولى الرقابة أن يقف فى دفاعه عند حد نفى خطئه المفترض، دون ان يضطر الى اثبات سبب اجنبى يعود اليه الضرر(١).

شروط توافر القوة القاهرة :

أن يكون حدثا خارجيا Extériorité ، وأن يكون غير متوقع Imprévisible وأن يكون غير ممكن دفعه Inrésistible .

الشرط الأول : القوة القاهرة حدث خارجى :

القوة القاهرة، هى بالضرورة سبب اجنبى، وبالتالى لابد ان تكون حدثا خارجيا عن إرادة المدين ونشاطه، ذلك انها اذا اتصلت بنشاط هذا المدين، فان اخلاله بالتزامه لابد ان يعزى اليه، وليس الى سبب اجنبى، وقد تثور مسألة توافر هذا الشرط فى بعض حالات المسئولية العقدية، على نحو خاص، عندما يقوم المدين بتنفيذ التزامه عن طريق بعض ا لعاملين لديه. فلو ان اخلال المدين يعود الى خطأ سائق الناقل، او الى عيب ذاتى فى الأدوات المستخدمة

---

(١) راجع : انتوماتى، السابق، وتنك ، اسباب الاعفاء من المسئولية، دالوز ١٩٧٥ مقال ص٨٤، وعبد الرشيد مأموت، البحث السابق الاشارة اليه.

في التنفيذ، أو فى السيارات المستخدمة[1] فى هذا التنفيذ.... الخ.

وكـذلك الحـال فى أمـراض الدم المنقـول الى المريض والذي تم توريده للطبيب من إحد مراكز الدم.

فى مثل هذه الفـروض السابقـة لا تتوافر القـوة القاهرة، ولا يتـحقق اى إعفاء من المسئولية العقدية. فـالسبب لا يمثل حدثا خارجـيا عن نشاط المدين فى مثل هذه الامثلة[2].

ومع ذلك فـهناك من الأحـداث مـا قـد يتـصل بنشـاط المدين، أى ليس خارجا عن نشـاطه، ويثور فى شأنه التساؤل لمعرفـة هل يعد قـوة قاهرة أم لا. وقـد اثيـر هذا التـساؤل فى شـأن الاضـراب، أى حـالة ما اذا كـان الاخـلال بالالتزام يعود الى اضـراب العـاملين لدى المدين. فالاصل ان الاضراب ليس نشاطا خارجـيا عـن نشاط المدين، بما قد يعنى عدم الاعتـداد بـه كقوة قاهرة. ومع ذلك فقـد اتجـهت بعض احكام القضاء الفرنسى الى ان الامـر يقدر من زاوية البحث فى سبـب الاضراب. فاذا كان سبب الاضراب يعود الى اسباب

---

(١) وان كان ذلك قد يسمح للمدين ان يرجع بالمسئولية بدوره على المنتج او من باع له الشئ المعيب، وفقا لقواعد الضمان، وراجع ما قـضت به محكمة النقض المصرية فى شأن المسئولية عن حراسة الأشياء وفقـا للمادة ١٧٨ مدنى من أنه لا يعـتبر الفعل سـببا اجنبيـا الا اذا كان خارجـا عن الشئ فلا يتصل بتكوينه ولا يمكـن توقعه او دفعـه أو درء نتائجه.. وبالتـالى فان انفجار اطار السيارة لا يعد خارجا عن السـيارة وتكوينها ويمكن توقعه والتحرز منه : نقض مـــدنى ١١/٦/١٩٩٦ طعن ٣٧٥٩ س ٦٠ ق، و ١٣/١/١٩٩٠ طـعن ٨٢١ س ٥٧ ق مجموعة احكام النقض س ٤١ جزء أول ص ٣٧٠ و ١٢/١٢/١٩٩٣ طعن رقم ١٦٤ س ٥٧ق.

(٢) راجع : جوردان Jourdan ، ملاحظات فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٩٠- ٦٦٩ و ١٩٨٨ - ٩٦، وفـينى Viney ، مـلاحظات فى الاسبـوع القـانونى ١٩٩٤-١- ٣١٨٠٩ تحت حكم النقض مدنى فرنسى ٢٦ مايو سنة ١٩٩٤.

داخلية تتعلق بصاحب العمل ومنشأته، فانه لا يعد قوة قاهرة[1]، أما اذا كان سبب الاضراب يعود الى امور خارجية عن صاحب العمل ومنشأته، فانه يعتبر قوة قاهرة تعفى المدين من مسئولية اخلاله بالتزامه، كما لو كان الاضراب يعود لاسباب سياسية عامة تسود الدولة[2].

ومن ناحية اخرى لا يعتبر سببا اجنبيا القوة القاهرة التى اقترنت بخطأ المدين، خاصة اذا كانت الاضرار قد نتجت عن هذا الخطأ، ولذلك لا تعتبر قوة قاهرة العاصفة التى ادت الى قطع التيار الكهربائى عن المشتركين، اذ ثبت اهمال شركة الكهرباء فى صيانة أجهزة التوصيل او فى صيانة محطة الكهرباء، خاصة وان الشركة ملتزمة، فى عقودها مع العملاء، بهذه الصيانة لضمان استمرار الاضاءة. ويطبق ذات الحكم على المدين الذى تأخر فى تنفيذ التزامه فصادفته، فى وقت لاحق للتأخير، قوة قاهرة إدعى انها هى التى حالت دون التنفيذ[3].

ورغم وضوح التحديدات السابقة من الناحية النظرية الا ان هناك حالات جدية يتدخل القضاء في تقديرها بقدر وافر من عدالة التقييم. وهذه الحالات يثور الشك فى شأنها حول شرط الوصف الخارجى للحدث الذى يدعى انه قوة قاهرة.

ومن هذه الحالات حالة مرض المدين. فلاشك ان المرض حالة ذاتيه

---

(١) نقض فرنسى الدائرة المختلطة ٤ ديسمبر سنة ١٩٨١ الباسبوع القانونى ١٩٨-٢- ١٩٧٤٨.

(٢) نقض فرنسى تجارى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ دالوز سنة ١٩٦٨- ٢٧٩، والدائرة المختلطة ٤ فبراير سنة ١٩٨٣ فى جازيت دى باليه ١٩٨٣- ١٦٣ .Pan - والمجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٣- ٥٤٩، وراجع كاربونيه، الالتزامات، رقم ١٦٢. ونقض مدنى فرنسى ٢٤ يناير ١٩٩٥ دالوز ١٩٩٥- ٣٢٧.

(٣) راجع : حكم لمحكمة باريس ١٧ يونيو سنة ١٩٨٧ في الاسبوع القانونى ١٩٨٨-٤- ١٤٧.

خاصة بالمدين، وليست حالة بعيدة عن دائرته الشخصية، وهى بالتالى، لا تؤدى الى اعفائه من المسئولية وان طال زمنها. غير ان بعض الاحكام القضائية حين تعرض لهذه المسألة تحاول أن تؤسسها على اعتبارات تبدو بعيده جزئيا عن شرط وصف «الخارجى»، ومن ذلك ما قضى به من عدم اعفاء البائع من مسئوليته عن التأخير فى التسليم بسبب سوء حالته الصحية، لما ثبت للمحكمة من ان هذه الحالة سابقة على البيع، وبالتالى لم يكن المرض غير متوقع[1]. وهى صياغة تثير اللبس فى الموضوع، وكأن المحكمة تستغنى عن شرط «الخارجى» وتكتفى بشرط عدم التوقع. وعلى اى حال فربما اختارت المحكمة اسهل الحيثيات لتأسيس قضائها المشار اليه. وعلى العكس من ذلك فان احد الاحكام اعتبر ان الحادث الذى تعرض له المتعاقد، وأدى الى استحالة تنفيذه لالتزامه، لانه كان غير متوقع وغير مُمكن دفعه، معفيا من المسئولية، ومفاد ذلك عدم اشتراط الوصف الخارجي، وقد تبنت المحكمة هذا المذهب صراحة[2]. ويثير هذان الحكمان الاخيران ان شرط الوصف الخارجي ليس معتمدا فى جميع الحالات لدى القضاء الفرنسي، وان المرض، رغم اتصاله بشخص المدين، قد يعد قوة قاهرة اذا توافرت فيه شروطها الاخرى.

الشرط الثانى : القوة القاهرة حدث لا يمكن توقعه Imprévisible:

لا مجال لاعفاء المدين من المسئولية، مادام المانع من التنفيذ حدث متوقع، لان التوقع يفقد الحادث احد الشروط اللازمة لاعتباره قوة قاهرة.

ويكمن تبرير هذا المفهوم فى أن ما يتوقع المدين حدوثه يجب عليه ان يتخذ العدة لتفاديه على نحو يستطيع معه القيام بواجبه فى تنفيذ الالتزام، ولا يحول دون هذه القاعدة ان يكون الحدث مما لا يمكن دفعه. وأن يكون من

(١) باريس ٢٧ يناير سنة ١٩٩٣ دالوز سنة ١٩٩٣، .١٣٢In.rop.

(٢) محكمة ميتزMetz فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٩٢، الاسبوع القانونى، ١٩٩٣-٤-١٧٠٦.

نتيجة استحالة التنفيذ، فالقوة القاهرة لا تستجمع قوتها، في الاعفاء من المسئولية، الا باجتماع عنصرى عدم التوقع، وعدم امكانية الدفع.

وعدم امكانية التوقع لا يعنى عدم الامكانية المطلقة، حيث لا يوجد شئ أو حدث يستحيل توقعه، فالزلازل والحروب، والفيضانات غير العادية، والاعاصير العاتية، وكلها احداث قد تستجمع خواص القوة القاهرة، تقع في منطقة التوقع ولو بصفة نادرة. ويترتب على ذلك ان مجرد احتمالات التوقع الغامضة أو النادرة لا تعنى انتفاء شرط عدم التوقع من الناحية القانونية التى نحن بصددها. والقول بغير ذلك يعد اغراقا في الجانب النظرى الذى يستحيل معه تصور القوة القاهرة عمليا[1]. ومن هذا المفهوم النسبى أُعتبر الاضراب، الذي لا يرجع سببه لصاحب العمل، ويعود لاسباب سياسية عامة، من قبيل الحدث غير المتوقع، طالما ان المدين لم يكن فى وسعه ان يتوقع حدوثه حتى اللحظات الاخيرة السابقة لوقوعه، وعلي هذا النحو يؤول شرط عدم التوقع الى مفهوم يتحدد بعدم التأكد من وقوع الحدث فى منطق الحكم القضائى السابق. وهو امر ليس من السهل تقبله، لانه يعنى ان كل اضراب - على سبيل المثال- هو امر غير متوقع حتى اللحظة الاخيرة، وفى جميع حالاته. ولذلك يتعين ضبط المعنى بأن يقاس التوقع في ضوء الاحتمالات الجادة وليس الاحتمالات الغامضة. فالامر المتوقع هو ما تساند حدوثه فرص معقوله ومتوقعة. والحدث غير المتوقع هو ما تكون احتمالات حدوثه غير معقوله الفرص الى حد كاف. ولذلك يصح القول بأن الحدث غير المتوقع هو الذى لا تتوافر اسباب خاصة للتفكير فى انه سوف يحدث بالفعل[3].

---

(١) راجع ملاحظات الاستاذ Tunc فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٥ ص ٥٤٠، وراجع: رمزى مبروك، السابق، رقم ٣١.

(٢) نقض تجارى فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨- ٢٧٩ والتعليق.

(٣) راجع : رمزى مبروك، السابق.

الشرط الثالث : القوة القاهرة حدث لا يمكن دفعه Irrésistible:

يشترط في القوة القاهرة أن تتمثل في حدث لا يمكن دفعه، اما اذا كان حدثا يستطيع المدين ان يدفعه، ولو بتضحيات كبيرة، فلا يعد قوة قاهرة اذ يتعين على المدين في هذه الحالة ان يضحى بما يؤدى الى دفع أثر الحدث.

ومن ذلك ان يتعهد تاجر باستيراد سلعة معينة من دولة معينة، ثم فُرِضَ **حصار دولي على هذه الدولة، في هذه الحالة لا يعد الحصار قوة قاهرة مادام في استطاعة المدين ان يستورد السلعة من دولة اخرى، ولو كان ذلك بثمن اعلي، اى بخسارة مالية تقع على عاتقه.[1] وواضح أن التنفيذ في هذه الحالة ممكن وليس مستحيلا. أما ان يكون التنفيذ مرهقا، فهذه مسألة اخرى قد تتوافر لها شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وليس شروط القوة القاهرة** التي تعفي من المسئولية.

وواضح من التحديد السابق ان القوة القاهرة ليست مجرد صعوبة التنفيذ او الارهاق فيه مهما بلغت شده ذلك، أو المغالاة المالية التي يؤدى اليها، وبالتالي تتمثل القوة القاهرة في عدم امكانية دفعها على نحو كامل، حيث يستحيل على المدين ذلك.

ويترتب على هذا المنطق ان المدين لا يعفى من المسئولية في كل حالة **يتوافر له فيها وسيلة بديلة كافية لتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا.**

وتطبيقا لذلك، قضى بمسئولية الناقل البحرى (نقل اشخاص) عن عدم تنفيذ التزامه بتوصيل المسافرين، بسبب اضراب العاملين لديه، حيث كان في

---

(١) محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ١٩٤ ، مازو وتنك، مطول المسئولية، جزء ٢- رقم ٢٥٦٩ ، وعبد الرشيد مأمون، السابق.

امكانه ان يوفر طائرة لنقل هؤلاء الركاب الي مقصدهم[(١)]. يضاف الى ما سبق انه اذا تحققت استحالة دفع الحدث، فان هذه الاستحالة لابد ان تكون دائمة وغير مؤقته، ولذلك قضى بأن الحريق الذي شب فى احد المطاعم، والذى ادى الى اغلاقه طوال مدة اصلاحه، لا يعد قوة ظاهرة تمنع تنفيذ التزام صاحب العمل قبل عماله[(٢)].

ولكن يلاحظ ان الاستحالة تظل قائمة رغم وجود بدائل للتنفيذ يستطيع المدين ان يلجأ اليها، اذا كان العقد قد اشترط صراحة التنفيذ بوسيلة خاصة ومحددة، وكانت هذه الوسيلة المشروطة هى التى استحالت بفعل القوة القاهرة، أما اذا لم يوجد مثل هذا الاشتراط فان وجود البدائل ينفى وصف القوة القاهرة، لانتفاء شرط «عدم امكانية الدفع».

ويلاحظ ان تقدير شرط عدم امكانية التوقع تقدر وقت التعاقد، أى لحظة ابرام العقد، اما شرط عدم امكانية الدفع، فيقدر أمرها وقت حدوث الحدث الذى يحول دون تنفيذ الالتزام.

واخيراً، يتم تقدير الامرين وفقا لمعيار مجرد In abstracto ، بمعنى ان البحث يتم وفقا لمعيار الرجل العادى، من أواسط امثال المدين، وبغض النظر عن شخصية المدين فى ذاته. ومعنى ذلك ان الاستحالة قد لا تتوافر، رغم تحققها فى حق المدين شخصيا، مادامت غير متوافره بالنسبة للشخص العادى إن وجد فى مثل ظروف المدين. ومع ذلك، قد تتوافر القوة القاهرة، وتؤدى الى انقضاء الالتزام، وانتفاء مسئولية المدين، اذا كان الالتزام قائما

(١) نقض تجارى فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٩، الاسبوع القانونى، ١٩٧١-٢- ١٦٧٩١ والتعليق، وراجع : مازو ودى جوجلار، السابق، رقم ٥٧٦.

(٢) نقض اجتماعى، ٢ فبراير سنة ١٩٩٤، اشار اليه لاروميه، السابق، ص ٧٩٠، وراجع: ملاحظات الاستاذ جوردان في المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٩٠ ص ٦٦٩. ويلاحظ ان العائق المؤقت قد يؤدى فقط إلى وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى حيث زواله.

على الاعتبار الشخصى للمـدين، فى هذه الحالة ينقضى الالتزام بوفاة المدين، او بعجزه عجزاً كليا يمنعه من التنفيذ، وتنتفى مسئوليته عن عدم التنفيذ.

أثر القوة القاهــرة :

*** تؤدى القوة القاهرة، اذا استوفت شرائطها، الى انتفاء وصف الاخلال بالالتـزام فى حق المدين، وبالتـالى لا يسأل تجـاه الدائن عن عـدم التنفيـذ، او التأخـير فيه. ويكون الاعـفاء من المسئولية كليا اذا ثبت ان القـوة القاهرة هى السبب الوحيد للاخـلال بالالتزام. ويعبر البعض عن الحقـائق السابقة بالقول بأن هناك تناقضا بين القوة القاهرة ونسبة اى خطأ للمدين فى عدم التنفيذ.**

أما اذا ثبت ان القوة القاهرة لم تكن السبب الوحيد للاخلال بالالتزام بل ساهم المدين بخطئه أيضـا، فان المجال ينفتح أمام توزيع عبء المسـئولية على نحو يتحمل المدين قدراً منهما بقدر مساهمة خطئه.

*** وتؤدى القوة القـاهرة، في العقود الملزمـة للجانبين الى انفساخ العـقد لاستحالة تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه بسببها.**

* انه يجوز الاتفاق على تعديل احكام المسئولية في حالة القوة القاهرة، فى نطاق المسئوليـة العقدية. ومن هذا القبيل ان يتفق المتـعاقدين على ان القوة القاهرة لا تعـفى المدين من المسئـولية عن عدم التنفـيذ، بمعنى ان يتـحمل هذا المدين تبعتها[1]، **وهو اتفاق على التشديد فى المسئولية العقدية. وعلى العكس من ذلك قد يتفقـا على اعفاء المدين من المسئولية فى حالة الاحـداث المفاجئة ولو لم تستـجمع شـروط القوة القاهرة. وهـو اتفاق على تخفـيف المسئـولية،** ومن ذلك الاتفـاق على الاعفـاء من المسئوليـة عن عـدم التنفيـذ الناتج عن الاضراب، ولو كان الاضـراب يعود لاسباب تتـعلق بسياسة صـاحب العمل المالية.

(١) تنص المادة ٢١٧ مـدنى على أنه «١- يجـوز الاتفاق على ان يتحـمل المدين تبـعة الحـادث المفاجئ والقوة القاهرة».

المقصد الثانى
خطــأ المضرور

يعتبر خطأ المضرور نافيا للسببية، كليًا او جزئياً، اذا كان قد قطع رابطتها او حَدَّ من تأثيرها، وبالتالى قد يؤدى إما الى الاعفاء الكلي من المسئولية او الى الاعفاء الجزئى.

ويبدو منطقيا وعادلا الا يسأل المدين عن الضرر الذى يلحقه الدائن بنفسه وبخطئه. وقد كان القانون الرومانى يقرر، في هذا الصدد، قاعدة مطلقة مؤداه انه مادام ان الدائن قد ساهم بخطئه فى الحاق الضرر بنفسه فانه لا يملك المطالبة بالتعويض، حتى ولو كان هذا الخطأ هو أحد الاسباب التى ساهمت فى احداث الضرر، ثم انتقلت هذه القاعدة الى القانون الفرنسى القديم. ثم جاء تقنين نابليون لكى يتجاهل النص علي خطأ المضرور واثره علي مسئولية المدين، كمبدأ عام. ومع ذلك فقد وجدت نصوص متفرقة تقرر اثر هذا السبب الاجنبى، وتحدد ضوابط هذا الاثر. من ذلك ان خطأ المضرور وحده هو الكفيل باعفاء مستغل الطائرة او مستغل التلفريك، كذلك خطأ المضرور العمدى هو الذى يعفى مستغل المنشآت النووية، وفى نطاق قانون العمل لا اثر لخطأ العامل على حقه فى التعويض ما لم يكن خطأ عمديا او غير مغتفر[1].

غير أن هذا الاتجاه لا يسير على نمط واحد. فالقانون فى سعيه الى تحقيق العدالة قد يخفف من اثر خطأ المضرورعلى حقه فى التعويض، ومن الامثلة الواضحة على ذلك ما قرره القانون الصادر فى فرنسا سنة ١٩٨٥ فى شأن

(١) راجع : مازو ودى جوجلار، والقوانين التى إشار اليها، رقم ٥٩١، محمود عبد الرحمن، نظرية العقد، السابق، ص ٧٤٢، وعبد الرشيد مأمون، السابق.

مسئولية قائدى المركبات الميكانيكية، التى تسير بقوه دفع محرك ميكانيكى (موتور) قِبَل ضحايا حوادث المرور، حيث اعطى ميزة لبعض فئات الضحايا مثل من هم اقل من ١٦ سنة، ومن تجاوز سن السبعين، او المصابين بنسبة عجز مرتفعة، وذلك بتعويضهم عن اضرار اصاباتهم الجسدية، وعدم الاعفاء من المسئولية فى حالة خطأ المضرور الا اذا بلغ درجة استثنائية من الجسامة[1].

وفى القانون المصري نصت المادة ٢١٦ مدنى على انه «يجوز للقاضى ان ينقص مقدار التعويض او الا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر او زاد فيه».

وقد علقت مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني على هذا النص السابق بان حكم الخطأ المشترك يسرى «على المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء» وأن الدائن اذا اشترك بخطئه فى احداث الضرر او زاد فيه «فلا يكون من حقه ان يقتضي تعويضا كاملا» ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض على مبلغ رجحان نصيب الدائن او المدين فى احداث الضرر»، ويسقط حق الدائن فى التعويض عند انفراده باحداث الضرر بخطئه».

ونعرض فيما يلى لشروط خطأ الضرر الذى يعفى المدين من المسئولية.

---

(١) راجع : بالتفصيل، مازو، السابق، رقم ٥٥٦/ ٢١.

أولا - شروط خطأ المضرور كسبب اجنبى :

١ - ان يكون فعل المضرور خطأ بالمعنى الصحيح :

ومؤدى هذا الشرط ان يكون الفعل المنسوب للمضرور، والذى تسبب فى حدوث الضرر الذى حاق به، فعلا خاطئا وفقا لمواصفات الخطأ المستقرة فى الفقه والقضاء، ومعنى ذلك ان يكون قد انحرف فى مسلكه عن مسلك الرجل العادى، أو مسلك رب الاسرة الحريص. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه «متى كان الاصل ان ذمة البنك - المسحوب عليه- لا تبرأ قبل عملية اذا اوفى بقيمة شيك مذيل بتوقيع مزور على الساحب باعتبار ان هذه الورقة تفقد صفة الشيك بفقدها شرطا جوهريا وهو التوقيع الصحيح للساحب، فلا تقوم آنئذ القرينة المقررة بالمادة ١٤٤ من قانون التجارة، ويعتبر وفاء البنك بقيمة الشيك وفاء غير صحيح حتى لو تم الوفاء بغير خطأ منه، لان ذلك مشروط بالا يقع خطأ من جانب العميل الثابت اسمه بالشيك وإلا تحمل الاخير تبعه خطئه. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ثبوت خطأ الطاعن متمثلا في إخلاله بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة له من البنك فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزويره وصرف قيمته، فانه يكون قد اثبت الخطأ فى جانب الطاعن وبيّنَ علاقة السببية بينة وبين الضرر الذى وقع، وخلص إلى الزام كل من الطاعنه والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع، فى حدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده فان النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون بمقولة انعدام رابطة السببية بين ما ارتكبه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلا متمثلا فى صرف قيمة الشيك، لمن زور امضاء الطاعن عليه، يكون نعيا غير سديد»[1].

(١) نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨- ٦١٩.

ومن الامثلة المستقاه من التطبيقات القضائية، فى علاقة الناقل بالمسافر، ان يعود الضرر او جزء منه الي حالة النوم التى اعترت الراكب اثناء سفره فى الحافلة[١]، أو نتيجة خطئه وعدم احتياطه فى الطريقة التى وضع بها حقيبته فى القطار مما ادى الى سقوطها واصابته[٢]، أو الركوب مع سائق فى حالة سكر.

ومن ناحية ثانية، فان خطأ المضرور قد يتمثل فى فعل ايجابى، كما هو الحال في الامثلة السابقة، ولكنه قديتمثل في موقف سلبى أى امتناع. فقد يتخلف الدائن ، أو يمتنع عمدا، عن اتخاذ موقف يحول دون تفاقم الضرر وزيادته، ويكون بهذا الامتناع مسئولا عن الجزء من الضرر الذي تسبب فيه بامتناعه. ومن هذا القبيل امتناع المريض، الذى اصيب فى حادث،عن تلقى العلاج اللازم لشفائه أو اللازم لمنع تفاقم حالته، كأن يمتنع عن تلقى نقل دم ضرورى لانقاذ حياته، أو أن يمتنع عن الموافقه على اجراء عملية جراحية ضرورية لمنع تفاقم الضرر. وتعود مسئولية الدائن عن هذا الامتناع، وما ترتب عليه من ضرر في حقه، الى انه لم يبذل الجهد المعقول لمنع تفاقم الضرر، وبتعبير اخر «فان مناط الحكم في هذه الحالة، هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة، فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية او المألوفة، التى يجب التعويض عنها، كل ضرر لم يكن فى وسع الدائن ان يحول دون وقوعه، ذلك ان امتناعه

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦- ٣٩ وتعليق سافاتييه.

(٢) حكم لمحكمة باريس ٣ مايو سنة ١٩٩٠ جازيت دى باليه ١٩٩٤- ملخص ص ١٠٦ ويجب على المدين ان يقيم الدليل على خطأ الدائن، نقض مدنى فرنسى، أول يوليو سنة ١٩٧١، دالوز ١٩٧١ص ٦٧٢.

عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر فى اضيق حدوده يكون بمنزله الخطأ، وبعبارة اخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاص من التعويض، بل سقوط الحق في[1] أحيانا»[2].

حالة الفعل غير الخاطئ للمضرور :

قد يحدث ان يرتكب المضرور فعلا يساهم به في الحاق الضرر بنفسه، ولكن هذا الفعل لا يستجمع خصائص الخطأ بالمعنى الفنى. فهل يؤثر هذا الفعل على حقه في التعويض؟[3]. فرق القضاء الفرنسى، فى هذا الصدد، بين حالة ما اذا كان فعل المضرور من الافعال التى لا يمكن للمدين ان يتوقعها imprévsible ولا يمكن له دفعهاInsurmontable، فى هذه الحالة يأخذ فعل الدائن حكم القوة القاهرة ويؤدى إلى اعفاء المدين من المسئولية. أما اذا كان فعل المضرور (الدائن) من الافعال التى يمكن توقعها ويمكن دفعها، ولم يكن فعلا خاطئا، فانه يؤدى - فى رأى البعض- الى اعفاء جزئى من المسئولية[1]. وان كنا من جانبنا لا نرى وجها للاعفاء الجزئى، فى حالة الفعل غير الخاطئ للمضرور، فى غير حالة القوة القاهرة.

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى

(٢) راجع : حمدى عبد الرحمن، معصومية الجسد، حيث عرضنا لاثر رفض المريض للعلاج واثره على التعويض.

(٣) راجع : بونجان Bonjean رسالة عن الفعل غير الخاطئ للمضرور، جرينوبل سنة ١٩٧٣، ومقال Puill : فى دالوز ١٩٨٠ص ١٥٧ عن ذات الموضوع.

(٤) راجع بالتفصيل: مازو ودى جوجلار، السابق، وانعكاسات ذلك على المسئولية القائمة على حراسة الاشياء، وتنوع واختلافات دوائر النقض الفرنسية ، ص ٦٩٣ ستارك، المسئولية التقصيرية، رقم ٦٢٢.

ويلاحظ فى كل ما سبق ان اثـر خطأ المضرور على استحقـاق التعويض يحتج به على اقـاربه الذين يطلبون تعـويضا عن الضرر المـرتد الذى اصابهم شخصيا[1].

الشرط الثانى : ان يكون فعل المضرور أو خطئة غير راجع الى المدين:

ومعنـى ذلك ان يكون فعل المضـرور اجنبيـا عن هذا المدين، وفى اغلب الحـالات التى يثار فـيهـا الأعفـاء من المسـئوليـة كليـا أو جزئيـاً بسبب فـعل المضرور، يكون هذا الفعل اجنبيا عـن نشاط المدين، ومع ذلك فقد يحدث فى بعض الحالات الا يكون الامر على هذا النحو. ومن هذا القبيل ان يكون فعل المضرور نتـيجة لاستفـزاز من المدين، او نتيجة لحـالة فزع أو هلع تسبب فـيها هذا المدين، مما جعل الدائن يسـاهم فى الحاق الضرر بنفـسه. وذات الحكم اذا كان الدائن قد وضع نفسه تحت إمْرَة المدين اثنـاء تنفيذ العقد، وخضع لكامل تعليماته، ففى مثل هذه الحالة لا يمكن لـلمدين ان يحتج بفعل الدائن للاعفاء او للتخـفيف من مسئـوليته، مـا دام قد اخذ على كـاهله كامل مسئـولية ادارة العمليـة العقدية، كـما فى حالة مسئولة الطبيب عن سـلامة المريض وهو في حالة التخدير، وكما في حالة عقد الانقاذ البحرى.

فـفى مـثل هذه الاحـوال يجب على المدين ان يكون حـريصـا فى ادائه لعمـله، او ان يكون كذلك فى اصـداره لتعليـماته (حـالة الانقاذ البـحرى).. وأى ضرر يلحق بالدائن، فى هذه الظروف، لا مجال فـيه للحديث عن افعال المضرور باعتبارها سببا اجنبيا[2].

---

(١) حكم الدوائر المجتـمعة لمحكمة النقض الفـرنسية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٤ دالوز ١٩٦٤ ص ٧٣٣.

(٢) مازو وتنك، مطول المسئولية، الطبعة السادسة، رقم ١٤٦٢ و ١٥٠٣.

المقصد الثالث

فعل الغير Le Fait d'un tiers

يقصد بالغير، فى هذا المقام، كل من لم يكن طرفا فى العقد ولا يكون العاقد مسئولا عنه قانونا (التابعين)[١] فقد يعود الضرر الذى لحق بالدائن إلى فعل احد الاغيار بالمعنى السابق، وفى هذه الحالة يتمسك المدين بأن ذلك الضرر إنما لا يعود سببه الى اخلاله بالالتزام، إنما يعود الى فعل هذا الغير، ويعفى المدين من المسئولية كاملة اذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد فى حدوث الضرر وتوافرت فيه شروط القوة القاهرة. أما اذا كان فعل الغير لا يرتبط بأيه سببية مع الضرر فان مسئولية المدين تظل قائمة كاملة. أما اذا ساهم فعل الغير مع اخلال المدين فى إحداث الضرر فانهما يسألا عن التعويض على سبيل التضامم، بحسبان ان مسئولية المتعاقد مسئولية تعاقديه، فى حين ان مسئولية الغير مسئولية تقصيرية[٢]. وفي هذه الحالة - حالة التضامم- يستطيع الدائن أن يطالب كل من المسئولين بتعويض كامل الضرر.

ومن تطبيقات الاعفاء الكلى للمسئولية بسبب فعل الغير، حالة ما اذا كان هذا الفعل غير ممكن توقعه وغير ممكن دفعه، أى توافرت فيه شرط القوة القاهرة. فالناقل، الذي يلتزم بتحقيق نتيجة قبل المسافر، لا يسأل اذا كان الحادث بسبب صدمة شديدة من سيارة مخالفة لقواعد المرور، فى حين كانت

(١) راجع : نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض س ١٥- ١٠٢٢.

(٢) يلاحظ ان الدائن قد يكون متعاقدا مع اكثر من مدين في وقت واحد، وفى هذه الحالة يسأل كل مدين عن التعويض، كُلٌ بقدر حصته في الالتزام، ما لم يكونوا متضامنين قبل الدائن، وفى هذه الحالة يستطيع هذا الاخير ان يطالب أى واحد منهم بكامل التعويض.

سيارة الناقل فى وضع قانونى تماما[1]، كذلك عدم مسئولية المؤجر عن الاضرار الناتجة عن حريق نشأ عن فعل احد الشاغلين الذى فجر انابيب الغاز بقصد الانتحار[2] فى غيبة صاحب المنزل. واذا توافرت شروط عدم التوقع وعدم امكان الدفع فى فعل الغير، فانه يؤدى الى الاعفاء من المسئولية، يستوى فى ذلك ان يكون هذا الفعل خاطئا أو مجردا عن الخطأ .

وعلى العكس مما سبق يتشدد القضاء الفرنسى فى الاعفاء اذا لم يكن فعل الغير مما لا يمكن توقعه، أو مما لا يمكن دفعه، وهو فى ذلك يحرص على مصلحة المضرور وحقه في التعويض. وتطبيقا لذلك قضى بعدم اعفاء مصلحة السكك الحديدية عن الاضرار الناتجة عن انفجار قنبلة فى احدى المقصورات، أو على شريط السكك الحديدية فى وقت اضراب ساد عمال الهيئة، ففى مثل هذه الظروف يعد فعل الغير متوقعا ويمكن بالتالى دفعه[3]. وكذلك الحال لو ان الحادث قد وقع بعد ان تلقت الهيئة انذاراً او تهديداً بارتكاب اعمال تخريبية ضدها[4] كذلك لا يعد سببا للاعفاء حادث السيارة الذى ينتج عن خطأ قائد سيارة اخرى حاول ان يتجاوز الاولى فى وقت ساءت فيه الرؤية بسبب الضباب، وكذلك الحادث الناتج عن توقف جهاز

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٤ يونيو سنة ١٩٦٩ دالوز ١٩٧٠ ملخص ص ٨.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٩٨٤ بلتان المدنى -٢- رقم ١٨٧.

(٣) نقض مدنى فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١- ٢٤٧ ، و ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣- ١٦٩و ٣ أكتوبر سنة ١٩٦٧ فى الاسبوع القانونى ١٩٦٨- ١٥٣٦٥ وتعليق ديران، ومحكمة ٢٢ ابريل سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١- ٦٥٤، ونقض مدنى فرنسى ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣- ٦٤٢، و ٢٦ يناير سنة ١٩٧١، بلتان المدنى -١- رقم ٢٢.

(٤) نقض مدنى فرنسى، اكتوبر سنة ١٩٨٠ جازيت دى باليه ١٩٨١-١- ١٤.

الفرامل بسبب عبث شخص مجهول قام بوضع احد البوجيهات فى جهاز الفرامل[1].

ويلاحظ انه في جميع الحالات التى يؤدى فيها فعل الغير الى اعفاء المدين من المسئولية، يجب الا يكون هذا الفعل قد نشأ عن خطأ المدين.

* أما حيث يكون فعل الغير غير مجرد عن خطأ المدين، بمعنى ان يكون خطأ المدين قد ساهم فى احداث الضرر، شأنه شأن خطأ الغير، فان المسئولية تكون قابله للانقسام بينهما، كل بقدر مساهمته، وذلك بشرط الا يكون خطأ الغير مستجمعا لخصائص القوة القاهرة، (وغير ناشئ عن خطأ المدين)[2]، اذ فى هذه الحالة يكون الاعفاء كليا، كما سبقت الاشارة، وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لهذا المفهوم الاخير بأنه يشترط في خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية اعفاء كاملا الا يكون في مقدوره توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذى سبب الضرر للراكب. فاذا كانت مصلحة السكك الحديدية لم تقدم الى محكمة الموضوع ما يدل على انه لم يكن فى مقدورها توقع خطأ الغير، والذى قذف الاحجار على قطارات السكك الحديدية، هو من الامور التى توقعتها الطاعنة فى قرار ٤ مارس ١٩٢٦ الخاص بنظام السكك الحديدية الذي ينص على معاقبة من يرتكب هذا الفعل بعقوبة المخالفة، كما انه كان في مقدور المصلحة تفادى عواقب هذا الفعل لو انها اتخذت الاحتياطات الكفيلة بمنع قذف الاحجار على قطارات السكك الحديدية، أو على الاقل منع ما يترتب على احتمال قذفها

---

(١) نقض مدنى فرنسى، ٢ أكتوبر سنة ١٩٨٠ جازيت دى باليه ١٩٨١-١-١٤.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٠ فونمبر ١٩٨٥ بلتان المدنى -٣- رقم ١٤٨.

من ضرر للركاب ولا يهم ما قد تكبدها هذه الاحتياطات من مشقة ومال اذ طالما كان في الامكان تفادى عواقب خطأ الغير بأية وسيلة، فان هذا الخطأ لا يعفى الناقل من المسئولية اعفاء كليا[1]، كما قضى بخطأ الحكم الذى يرفض دعوى التعويض استنادا الى ان اصابة الراكب قد نشأت عن خطأ الغير المتمثل في وقوف الركاب بباب عربة السكك الحديدية وتزاحمهم وتدافعهم حال دخول القطار محطة الوصول، حيث كان فى مقدور الهيئة أن تتوقع هذا الخطأ من جانب الغير وتتفاداه باتخاذها الاحتياطات الكفيلة بغلق ابواب القطارات اثناء سيرها مما يدرأ عنها المسئولية[2].

كما قضى بانه «متى كان الشاحن لم يدع ان خطأ مصلحة الجمارك قد ترتب عليه استحالة تنفيذ التزاماته المترتبة على عقد النقل بينه وبين هيئة السكك الحديدية، فانه لا يمنع من مسئوليته عن تنفيذ العقد، قبل الهيئة المذكورة، ما تمسك به من دفاع استند فيه الى المادة ١٦٥ من القانون المدنى تأسيسا على ان الخطأ قد وقع بفعل الغير، وهو مصلحة الجمارك»[3]، كما قضى بأنه «يشترط فى خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية اعفاء كاملا الا يكون في مقدور الناقل توقعه او تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده سبب الضرر للراكب.. وكان الخطأ المنسوب لقائد سيارة النقل قد انتفى بحكم جنائى قضى ببراءته والتزم الحكم المطعون فيه بحجيته، في هذا الخصوص، فانه اذا قضى برفض دعوى الطاعنين بمقولة ان الحادث وقع بسبب اجنبى لا يد لقائد الاتوبيس فيه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون»[4].

(١) نقض مدنى ٢٧/ ١/ ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض س ١٧- ١٩.
(٢) نقض مدنى فى ٢٨/ ١١/ ١٩٩٥ طعن رقم ٢٢٧١ س ٥٩ق.
(٣) نقض مدنى ٨/ ١١/ ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض س ١٧- ١٦٢٩.
(٤) نقض مدنى ٧/ ٣/ ١٩٧٩ طعن رقم ٧٨٤ س ٤٥ ق اشار اليه محمد كمال عبد العزيز، ص ٥٦٥، وراجع نقض مدنى ٢/ ٦/ ١٩٧٣، مجموعة احكام النقض س ٢٤-٨٩٤.

المبحث الرابع
تحريك المسئولية العقدية وأثره

يبدأ تحريك المسئولية العقدية باعذار المدين، وذلك بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار (م ١٠٣ و ٢١٩ و ٢٢٠ مدنى)[1]. ويستهدف تحريك المسئولية التعويض عن الاضرار الناتجة عن عدم التنفيذ أو عن التنفيذ المعيب. ومن هنا تتميز المسئولية عن التنفيذ العينى للالتزام. فالتنفيذ العينى هو الاصل، ما دام هذا التنفيذ ممكنا ومجديا، ويجب علي القاضى ان يحكم به، ما لم يعرض عنه الطرفان باتفاقهما المشترك. كما تتميز المسئولية العقدية عن التعويض العينى - عند بعض الفقه- على اساس ان التعويض العيني هو تنفيذ عينى للالتزام جبرا، وبالتالى فان المسئولية العقدية لا تنصرف الا الى تعويض نقدى فى حالة الاخلال بالالتزام العقدى، سواء تمثل الاخلال فى عدم التنفيذ، أو تمثل فى التنفيذ المعيب. وللتفرقة بين التنفيذ العينى جبرا على المدين والتعويض أهمية فى شأن الشروط المتعلقة بالتعويض، كالشرط الجزائى وشروط الاعفاء من المسئولية، فهذه الشروط لا تنصرف الا الى التعويض، أى الى جزاء المسئولية العقدية، أى انها تتعلق باستحقاق التعويض النقدى أو بمقداره. ويترتب على هذا المفهوم انه اذا اتفق صاحب عمل مع المقاول، مثلا، على

---

(١) ولا ضرورة للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وكذلك اذا تعلق الامر بالتعويض عن عمل غير مشروع، او إذا تعلق الامر برد شئ يعلم المدين انه مسروق، أو شئ تسلمه دون حق، وأخيرا لا وجه للاعذار اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد الوفاء بالتزامه (م ٢٢٠ مدنى)، ويكون الاعذار بانذار رسمى أو عن طريق البريد، كما يجوز الاتفاق على الاعفاء منه بالنص فى العقد على ان يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون حاجة الى أى اجراء آخر (م ٢١٩ مدنى). راجع: سعيد جبر، السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

تعويض قدره مائة الف جنيه عن الاخلال بالتنفيذ، فان هذا الاتفاق يتعلق فقط بتعويض الاضرار، ولا يمنع من ان يحكم القاضى بتصحيح الخلل فى التنفيذ، ولو تجاوزت تكاليفه مبلغ التعويض المتفق عليه.

المطلب الاول

كيفية تحديد قدر التعويض

المقصد الأول

التسوية الودية، والشرط الجزائى

قد يتفق الطرفان على قدر التعويض بموجب اتفاق ودى بينهما، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة الشرط الجزائى الذي يحدد مقدما تعويضا جزافيا .

وقد نصت المادة ٢٢٣ مدنى على انه يجوز للمتعاقدين «أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص فى العقد عليه، او فى اتفاق لاحق. ويراعى فى هذه الحالة احكام المواد من ١١٥ إلى ٢٢٠» (م ٢٢٣/ ١ مدنى). «ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه (م ٢٢٣/ ٢ مدنى). «ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين السابقتين» (م ٢٢٣/ ٣ مدنى). ثم اضافت المادة ٢٢٤ مدنى على «ان لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر» (م ٢٢٤مدنى)، «واذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما» (م ٢٢٥ مدنى).

ويلاحظ على احكام الشرط الجزائى ما يلى:-

١ - ان الشرط الجزائى يتضمن تعويضا اتفاقيا، ولانه تعويض فلابد ان تتوافر لاستحقاقه شروط المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية. ولذلك فانه

يخضع لاحكام هذه المقومات الثلاثة[1]. فالشرط الجزائى ليس التزاما بدليا او تخييريا. وبالتالى فهو يسقط اذا استحال التنفيذ بغير خطأ المدين. وهو محكوم، في نص المادة ٢٢٣ مدنى، بمنطق يراعى مصلحة المدين، اذ لا يستحق اذا ثبت ان الدائن لم يلحق به ضرر فضلا عن وجوب تخفيضه اذا ثبت انه مبالغ فيه الى درجة كبيرة، أو أن المدين قد نفذ جزءً من التزامه. وعلى العكس لا تجوز زيادة التعويض ولو جاوز الضرر قدر القيمة الاتفاقية ما لم يثبت ان زيادة الضرر تعود الى غش المدين أو خطئه الجسيم. وهذه القواعد السابقة تتفق مع القواعد التى تحكم الشروط التى يعدل بها الطرفان قواعد المسئولية العقدية.

٢ - ويترتب على كون الشرط الجزائى اتفاقا على التعويض انه يصبح تابعا للاتفاق الاصلى الذى انشأ الالتزام، ويدور معه بالتالى عدما فى حالة الحكم ببطلانه، او فى حالة انقضائه بالانفساخ بسبب اجنبى. ولكن اذا كان الفسخ بغير السبب الاجنبى، بناء على طلب الدائن، فان حق هذا الدائن فى التعويض لا يستند الى الشرط الجزائى (لزوال الالتزام الاصلى وبالتالى الشرط الجزائى التابع له). وإنما يستند التعويض الى حكم قضائى يصدر بتقديره بعيدا عن الشرط الجزائى الذى لم يعد له وجود. وفى ذلك تقرر محكمة النقض ان الشرط الجزائى، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التزام تابع للالتزام الاصلى اذ هو اتفاق على جزاء هذا الالتزام، فاذا سقط

(١) راجع : السنهورى، آثار الالتزام، رقم ٤٧٣ و ٤٧٥. مع ملاحظة ان من فوائد الشرط الجزائى افتراض وقوع الضرر لمصلحة الدائن، وان على المدين ، اذا اراد اسقاط الشرط الجزائي، ان يقيم الدليل على انتفاء الضرر، كما ان الشرط الجزائى يمثل تعويضا جزافيا لا يجوز للقاضى تعديله الا وفق الضوابط التشريعية المشار اليها فى نصوص القانون المدنى المذكور فى المتن. وراجع سعيد جبر، السابق، ص ٨٤.

الالتزام الاصلى، بفسخ العـقد، سقط معه الشرط الجزائى، ولا يعـتد بالتقدير المقدر بمقتضاه، فان استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن(١).

٣- ان المشرع قـد يتدخل ايـضا، فى بعض حـالات المسئولية العـقدية، ليضع حداً اقـصى للمسئولية، كمـا هو الحال في مسئولية الناقـل الجوى وفقا لمعاهده فارسوفيا لسنة ١٩٢٩، والتى تضع حدا اقصى لتعويض الاضرار التى تلحق بالمسافرين بالطائرات، والحد الاقصى يعنى، فى هذه الحالة، انه لا يجوز للمسـافـر ان يطالب باكـثر منه. ولكن يجـوز للمـدين ان يتفق برضـائه على تعويض اكبر. ولكن - وعلى العكس من ذلك - لا يجوز الاتفاق مقدما على تعويض يقل عن الحد الادنى المقـرر فى المعاهدة لتعويض المضرور. كـما يعد من قـبيـل الحد الاقـصى أيضـا ما يـنص عليه الـقانون المدنى مـن حد اقـصى للفوائد المستحـقة عن التأخير فى سداد المبالغ الـنقدية. حيث لا يجوز ان تزيد هذه الفـوائد - اذا اتفق عليـهـا- عن ٧٪. وفي حـالة عـدم الاتفاق فـانهـا لا تسـتحـق الا من تاريخ المطالبـة القضـائيـة بهـا وبحد اقـصى ٥٪ فى المسـائل التجارية و ٤٪ فى المسائل المدنية (م ٢٢٦ مدنى).

---

(١) نقض مدنى ١٨/ ٤/ ١٩٧٨، الطعن رقم ٦٦٣ س ٤ ق، اشار اليه محمد كمال عبد العزيز، السـابق، ص ٨١٩ و ٨٢٠، وراجـع نقض ٢٧/ ٢/ ١٩٦٨ مـجـمـوعـة احـكام النقض س ١٩-٣٨١. ويلاحظ ان الشرط الجزائى يختلف عن العربون، والامر رهن بتفسير الاتفاق وما انصرفت اليه نيه العاقدين من واقع تفسير عبارات العقد وبنوده، كما يختلف عن الغرامات والتأمين التى تنص عليها العقـود الادارية، والتى لا شأن لها بوقوع اى ضرر، والتى لا يجوز المنازعـة فى اسـتحـقـاقهـا بالتـالى باسـباب المـنازعة فى المسـئوليـة العقـدية (نقض مـدنى ٢٠/ ١٢/ ١٩٦٦ مجمـوعة احكام النقض س ١٧- ١٩٦٢ و ٢٦/ ١٠/ ١٩٦٥، مجـموعة احكام النقض س ١٦، ص ٩٢٢ . وراجع : رفـعت فـخرى وفريد العـريني، دراسـات فى القانون البحرى والجوى ١٩٩٢، ص ١١١ وما بعدها.

٤ - انه اذا تحدد التعويض بموجب حكم قضائى - بمنأى عن الشرط الجزائى - اى كان خاضعا لتقدير القضاء، فانه لا يصبح معلوم المقدار الا عند صدور حكم نهائى به. ومعنى ذلك ان مجرد قيام الدائن بتحديد قدر للتعويض المطلوب فى عريضه دعواه لا يجعل من هذا التعويض محدد المقدار. فهذا التحديد لا يتحقق الا بالحكم القضائى النهائى(١).

ويترتب على ذلك ان التعويض - الذي يقدره القاضى- اذا كان فى صورة فوائد عن مبالغ نقدية ، فان هذه الفوائد لا تسرى الا بعد ان يكون مبلغ المدين ذاته قد تحدد بموجب حكم نهائى، ومن تاريخ المطالبة القضائية بتلك الفوائد». «ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى دعوى التعويض عن خطأ عقدى بالفوائد عن مبلغ التعويض المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية فانه يكون قد خالف القانون في خصوص تحديد بدء سريان الفوائد التى لا تستحق فى هذه الحالة الا من تاريخ الحكم الاستئنافى الصادر بالتعويض باعتبار انه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار»(٢). وهو ذات الحكم، ولذات المنطق، فى طلب التعويض عن العمل غير المشروع فى المسئولية التقصيرية.

عقد الصلح عن التعويض :

قد يتفق المتعاقدان على انهاء الخلف بينهما حول التعويض بطريقة ودية فيبرما صلحا فى هذا الخصوص يتوقيا به نزاعا قضائيا يطول امده وترتفع

---

(١) نقض مدنى ١٢/٣/١٩٩٦ طعن ٦٦٧٧ س ٦٤ق، و ١/٥/١٩٧٦ مجموعة احكام النقض س ٢٧- ١٠٤١.
(٢) نقض مدنى ١٥/٢/١٩٦٤ مجموعة احكام النقض س ١٣- ٢٥٣.

تكاليفه. ويكون موضوع الصلح هو الاتفاق على قدر التعويض وكيفية سداده.

ويجب ان تتوافر فى هذا الصلح اركان التعاقد وشرائط صحته، وفقا للضوابط العامة لانعقاد العقود فى القانون المدنى. كما ان الاتفاق على الصلح قد يتم باتفاق كل من الطرفين اصالة عن نفسه، وقد يتم عن طريق وكيل عن احدهما او عن كل منهما، وفي هذه الحالة الاخيرة «لابد من وكالة خاصة فى ... ... والصلح" عملا بالمادة ٧٠٢ من القانون المدنى.

وقد اضافت المادة ٥٢٢ مدنى أن «لا يثبت الصلح الا بالكتابة او بمحضر رسمى». وهذه الكتابة المشار اليها في النص، هى كتابة للاثبات وليست لانعقاد الصلح. وهى مطلوبة فى جميع الاحوال حتى ولو كانت القيمة المتصالح عليها لا تزيد على مائة جنيه. ولان الكتابة هى فقط للاثبات فانه يجوز يقوم مقامها الاقرار او اليمن. ومفاد ذلك انه يجوز اثبات الصلح بكافة طرق الاثبات، بما فى ذلك البينة والقرائن، اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، او وجد مانع من الحصول على ورقة مكتوبة، كما يجوز ذلك اذا كان الصلح متعلقا بنزاع تجارى[1].

الصلح امام القضاء :

يجوز الصلح على التعويض أمام القضاء اثناء نظر النزاع بين الدائن والمدين حيث يتقدم الطرفان بمحضر للصلح ويطلبا من المحكمة الحاقة بمحضر الجلسة والتصديق عليه فى حضورهما، ويكون لمحضر الجلسة، فى هذه الحالة

---

(١) راجع السنهورى، العقود التى تقع على الملكية : الهبة والشركة ... رقم ٣٥٦ وما بعدها.

قوة السند التنفيذي. ولكن يلاحظ ان **الحكم الصادر بانهاء الدعوى صلحا لا يعدو ان يكون عقدا بين طرفيه،** ودور القاضى فى شأنه لا يتعدى دور الموثق الذى يثبت ما اتفق عليه الطرفان، وليس لهذا الحكم بالتالى حجية الشئ المحكوم فيه، ولا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن فى الاحكام القضائية، وحجيته مقصوره على طرفيه، فلا يجوز لغيرهما الطعن عليه بأى مطعن[1]، فائره نسبى مقصور عليهما فقط. كما انه يمنع طرفيه من معاودة المنازعة فيما تصالحا فيه (م٥٤٩ و ٥٥٣ مدنى)[2] «والقاضي حين يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومه، ولا يشترط بالتالى انعقاد الخصومة حتى يصح التصديق على الصلح[3].

المقصد الثانى

التعويض القضائى

اذا لم يكن هناك اتفاق على التعويض، ولم يتم الصلح بين الدائن والمدين، فان الامر يعود الى القضاء ولكى يقدر مدى استحقاقه وحدوده، ويتم هذا التقدير في حدود الضوابط القانونية، السالف ذكرها، فى شأن الضرر الذى يستحق التعويض وضوابطه، وحالات عدم استحقاقه، وحدود التعويض اذا استحق، سواء تعلق الامر بمبالغ نقدية ام بالتزامات ذات محل

---

(١) نقض مدنى ٢٨ ابريل سنة ١٩٨٥ طعن ١٦٩٤ س ٤٩ ق، مجموعة احكام النقض، س ٣٦ جزء أول، ص ٦٦٨، ونقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٧٩ طعن رقم ١١٣ س ٤٦ق، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠ العدد الثانى، ص ٢٧.

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٧٩، مجموعة احكام النقض س ٣٠ العدد الثانى، ص ٢٧، ونقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٨٧ طعن ١٣٨٨س ٥٢ق.

(٣) نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة احكام النقض، س ٢٧ العدد الثانى، ص ١٧١١ و ٣١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨ العدد الاول ص ٣٢٨، وأول مارس سنة ١٩٨٧ طعن رقم ١٣٢٤ س ٥٢ق.

غير نقدى. ونذكر باهم ضوابط التعويض القضائى، وهى الا تعويض إلا عن ضرر تسبب فيه المدين بخطئه، ويشمل التعويض الضرر المتوقع فقط، فيما عدا حالة الغش والخطأ الجسيم الذى يرتكبه المدين، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ويقتصر على الضرر المباشر الذى يعد نتيجة طبيعية للاخلال بالالتزام. ولا يعد التعويض معلوم القدار الا اذا صدر به حكم نهائى ولا تستحق عنه فوائد الا بعد ان يصبح معلوما علي هذا النحو، ومن تاريخ المطالبة القضائية بالفوائد.

وقت تقدير التعويض:

يتم تقدير التعويض **وقت صدور الحكم القضائى**، ومعنى ذلك ان التطورات التى تطرأ على الضرر خلال مدة الخصومة القضائية تدخل فى الاعتبار عندما يصدر القاضى حكمه بالتعويض. ومفاد ذلك ان حكم المحكمة بالتعويض يترجم حالة الضرر وفق اخر مرحلة آل اليها هذا الضرر. ويساند هذا المبدأ أن التعويض يجب ان يكون جابرا لكل الاضرار التى تلحق بالمدين من جراء الاخلال بالالتزام العقدى. والوقوف بالتعويض عن تاريخ رفع الدعوى يمكن ان يسبب اثراء بلا سبب للمدين على حساب الدائن، اذا ما كان وجه الضرر قد تزايد فيما بين وقت رفع الدعوى والحكم فيها[1]. واذا صدر الحكم بالتعويض فليس هناك ما يمنع من العودة الى القضاء مرة اخرى لطلب تعويض عن الضرر الذي تفاقم بسبب خطأ المدين، بعد صدور حكم

---

(١) راجع : جامبى ميرلان: تعليق فى سيرى Sirey ١٩٤٩-١-٦٩، وملاحظات الاستاذة فينى Viney في الاسبوع القانونى ١٩٩٤-١- ٣٧٧٣، وملاحظات الاستاذ ديلبيك فى دالوز ١٩٩٤ ملخص ص ٢١٢.

التعويض، وهو ما قد يتصور فى التعويض عن الاضرار الجسدية الناتجة عن حوادث النقل، في المسئولية العقدية، أو عن حوادث المرور (فى المسئولية التقصيرية). ولذلك من الادق قانونا ان يلتزم حكم التعويض، في مثل هذه الحالات، ايراد تحفظ بأن الحكم صدر عن التعويض بحالته القائمة عند الحكم فحسب، وحتى لا يفهم منه، بالتالى انه حكم نهائى عن كافة الاضرار القائمة والمستقبلة. اذ ان الحكم الاول بالتعويض لو افاد هذا المعنى الاخير، فسوف يمتنع على المضرور اقامة دعوى جديدة بالضرر المدعى بتفاقمه، حيث يحتج علي فى هذه الحالة بسابقه الفصل فى الدعوى، وبالتالى حجية الشئ المحكوم فيه بالحكم الاول.

* وقد يثور تساؤل حول الفرض العكسى، وهو حالة تحسن حالة المضرور بعد الحكم له نهائيا فى ضوء سوء حالته. وهل يجوز للمدين ان يعود لمطالبته بفرق التعويض الذى تقاضاه؟ لاشك أن هذه العودة تصطدم بحجية الشئ المحكوم فيه، والتى تمنع من معاودة الجدل فى التعويض المقضي به مرة اخرى. ورغم ان هذه النتيجة قد تبدو غير عادلة نسبيا، فى حق المدين، الا انها تمثل نتيجة حتمية لحجية الأحكام القضائية فى الفرض المعروض[1].

وأخيرا : ما حكم اثر تغير قيمة العملة على تحديد قدر التعويض:

* قد يتصادف ان تتغير قيمة العملة فيما بين يوم وقوع الضرر ويوم الحكم النهائى بالتعويض. ويلاحظ في هذا المقام ان طلب المدين تعديل

---

(١) ومن الامثلة المتصورة عملا ان يرفض المريض اجراء عملية جراحية تؤدى الى تحسين حالته، فيحكم له بتعويض كامل عن الضرر، ثم يسارع بعد صدور الحكم النهائى باجراء الجراحة فتتحسن حالته، وتزول عنه مثلا حالة العجز التى نشأت عن الحادث، والتى أُخِذَتْ فى الاعتبار عند الحكم له بالتعويض.

التعويض امام محكمة الاستئناف، بسبب تغير قيمة العملة (تدهور قيمتها)، لا يعد طلبا جديدا فى المرحلة الإستئنافية، وبالتالى يجوز قبوله، باعتبار انه مجرد تحديد لكيفية حساب التعويض فحسب[1]. والسؤال هل يجوز تعديل التعويض بالزيادة فى وقت لاحق، بسبب تدهور قيمة النقود؟

لاشك ان هذا السؤال لا يكون مطروحا اذا كان التعويض قد قدر بمبلغ اجمالي ونهائى للمضرور، ففى هذه الحالة لا تجوز معاودة الطلب بحجة انخفاض قيمة العملة.. اذ يصطدم مثل هذا الطلب بحجية الشئ المحكوم فيه.

أما اذا كان الامر قد اثير اثناء نظر استئناف حكم التعويض، فلا نعتقد ان فى استطاعة القضاء ان يعرض صراحة لزيادة قدر التعويض بسبب تدهور قيمة العملة.. ذلك ان مثل هذا المفهوم لو حدث لكان فيه اخلال صريح بالسعر الرسمى للعملة الوطنية، ولكن القاضى يستطيع ان يأخذ ذلك فى اعتباره من واقع تقديره لقدر التعويض الذى يناسب جبر الضرر.

* ولكن السؤال يصبح مطروحا بطريقة جدِّية اذا كان التعويض فى صورة ايراد مرتب لمدى حياة المضرور، او لمدة سنوات طويلة نسبيا. في هذا الفرض يكون من غير العادل ان يظل رقم التعويض بغير تعديل رغم تدهور قيمة العملة.

فى مصر لم تطرح هذه المسألة، وذلك لندرة حالات التعويض فى صورة ايراد مرتب، ولكنها اثيرت فى فرنسا. وقد اتجهت بعض احكام المحاكم قبل

---

(١) راجع : ستارك، المسئولية التقصيرية، رقم ١٣٧١، وحكم النقض الجنائى الفرنسى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٣ فى الاسبوع القانونى ١٩٨٤-٤-٦٥.

عام ١٩٧٤ الى عدم اجازة تدرج قدر الايراد المرتب بمرور الوقت اتجاها الى الزيادة التصاعدية[1]. وفي سنة ١٩٧٤ اتجهت الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية الى اجازة تدرج المرتب تصاعديا بمرور الوقت، ومن جانب القاضى، تلقائيا، فى حكمه[2]، ثم صدر قانون ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٤ يجيز التدرج المذكور سواء بالنسبة للتعويض الاتفاقى، سواء بالنسبة للتعويض القضائى، وذلك بالنسبة للمسئولية عن حوادث السيارات، ثم صدر قانون ٥ يونيو سنة ١٩٨٥، الذى اجاز صراحة التدرج التصاعدى فى قدر التعويض بالنسبة لضحايا حوادث السيارات، وهو ما يشجع، قضائيا، فى فرنسا، على التزام هذا السبيل فى شأن التعويض الذى يتخذ صوره ايراد مرتب،على نحو تحتفظ فيه الاحكام القضائية للمضرور بحق طلب اعادة النظر فى قدر المرتب متى تغيرت الظروف الاقتصادية. وبالتالى فان المراجعة اللاحقة لا تصطدم بحجية الشئ المقضى به.

---

(١) نقض تجارى فرنسى ٢ مايو سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢-٤١٣ وتعليق سافاتييه، ونقض جنائى فرنسى ٥ يوليو سنة ١٩٦١ الاسبوع القانونى ١٩٦٢ -٢-١٢٦٣٩، عكس ذلك فى اتجاه الاجازة نقض مدنى فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ جازيت دى باليه ١٩٥٤-٢-٢١٠.

(٢) ٦ نوفمبر ١٩٧٤، جازيت دى باليه ١٩٧٤-٢- ٨٦٨.

المطلب الثانى

لاتفاقات المتعلقة بتعديل أحكام المسئولية العقدية

تتخذ هذه الاتفـاقات احدى صورتين، احداهما تتـمثل فى الاتفاق على الاعفاء من المسئولـية أو التخفيف منها، وتتعلق الثانيـة بالاتفاق على التشديد من المسئولية.

المقصد الأول

شروط الاعفاء وشروط التخفيف من المسئولية العقدية

نصت المادة ٢١٧/ ٢ مدنى على أنه «يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئـولية تترتب على عدم تنفـيذ التزامه التـعاقدى الا ما ينشـأ عن غشه أو عن خطئـه الجسيم، ومع ذلـك يجوز للمديـن أن يشترط عـدم مسـئوليـته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه».

ويتضح من هذا النص أن المشرع يجيز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية، فى حدود ضوابط محددة (وهو عكس الحظر الوارد فى الفقرة ٣ من ذات المادة فى شأن المسئوليـة التقصيرية). ويساند تجـويز الاتفاق على الاعفاء من آثار المسئولية العـقدية، أن العقد هو وليد ارادة عاقدية، فهـو شريعتهم فى انشائه، وهو شريعـتهم فيما يترتـب عليه من آثار، وحدود هذه الاثار. ولذلك فليس غريبا أن يكون فى مقدور هذه الارادة ان تقرر اعفاء المدين من المسئولية العقـدية، اذ يمثل هذا الاتفاق يتنازل الدائن عن حـقه في الرجـوع على مدينة. ومن ناحية اخـرى، فان مثل هذا الاتفاق يشجع الاشـخاص على الاقدام على ابرام بعض العقود دون خوف من آثار المسئولية، فـتنفيذ بعض العقود قد يبدو عسـيرا بالـنسبـة لبعض المتـعاقـدين، مما قد يولد رهبـة من ارتكاب الاخطاء، وبالتالى يولد خوفا من تحمل المسئولية. فصاحب العمل مثلا يسأل عن أخطاء

تابعيه، وبالتالى تكون مصلحته فى الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية الناشئة عن اخطاء هؤلاء التابعين، اذ بذلك يؤمن نفسه ضد عواقب هذه الاخطاء.

ويضاف الى ميزة التشجيع على التعاقد ميزة أخرى تتمثل فى انخفاض تكلفة التعاقد. فمن يشترط عدم المسئولية عادة ما يتقاضى مقابلا من المتعاقد الآخر أقل منه فى حالة تحمل المسئولية كاملة. ومن ناحية اخرى، فان إجازة الاتفاق على الاعفاء من المسئولية تتفق مع منطق اجازة التأمين[1] عن المسئولية. فاذا كانت هذه الاخيرة جائزة - بل مستحبة قانونا وفعلا- فان الاتفاق على الاعفاء يسير فى ذات الاتجاه وبذات المنطق، رغم الاختلاف بين الفكرتين. فالاتفاق على الاعفاء يعنى ان الدائن يعفى المدين مقدما من نتائج المسئولية العقدية، أما التأمين من المسئولية فيقوم على عقد تأمين يتم ابرامه بين المدين وشركة تأمين، ويكون من مقتضاه ان تلتزم شركة التأمين بتعويض هذا المدين عن الخسائر المالية المتمثلة فيما يدفعه للدائن حال تحقق شروط المسئولية العقدية. وبالتالى فكل من الاتفاقين، اتفاق التأمين واتفاق الاعفاء، يختلف تقنيا، وغاية، واسلوبا، عن الآخر، ولكن الذى يجمع بينهما هو ان المدين فى الحالتين لا يتحمل الاثار المالية لانعقاد مسئوليته العقدية. فهو لا يتحمل هذه الآ ثار اصلا فى حالة الاتفاق على الاعفاء من المسئولية، وهو لا يتحمل العبء النهائى ماليا فى حالة عقد التأمين (حيث تتحمله عنه شركة التأمين).

(١) وهذه الحجة رغم وجاهتها، فانها مجرد تقريب نسبى للامور، لان تجويز الاتفاقات الخاصة بالاعفاء من المسئولية قياسا، وتقريبا، من التأمين عن المسئولية، لا يصلح سندا لاجازة الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية، وهو محظور بصريح نص الفقرة ٣ من المادة ٢١٧ مدنى.

ويمكن حصر الفروق بين النظامين في نقاط ثلاث :-

١ - فى التأمين من المسئولية لا يكون المدين بمنأى تماما عن الاعباء المالية، اذ هو ملزم، بموجب عقد التأمين، ان يسدد للمؤمن قيـمة الاقساط المتفق عليها فى عـقـد التـأمين. فى حين ان مـثل هذا الـعبء المالى لا وجـود له في حـالة اتفاقات الاعفاء.

٢ - ان المضـرور لا يضـار مـن التـأمين عن المسـئـولـيـة اذ ان حـقـه في التعويض يبقى كاملا لا مساس به. بل الاكثر من ذلك أن التأمين عن المسئولية يضمن للمضرور حصوله على التعـويض دائما، دون خشيه إعسار المدين، اما في حالة الاعفاء من المسئولية فان المضرور لا ينال تعويضا على الاطلاق.

٣ - ان تقنيـة التأمـين تقوم على مـفـهوم جـماعى، اذ يتـوافـر كثـرة من المستأمنين، الذين يجـمعهم التعرض لخطر واحـد، على التأمين عن هذا الخطر فى مقابل اقساط تسدد للشركة المؤمنة، وتسدد من حصيلتها مبالغ التعويضات المستـحقة عند حدوث الخطـر المؤمن منه. وهذا الطابع الجمعى للتـأمين يحقق بين المستأمنين نوعا تفتيت الخطر على اكبر عدم من المؤمن عليهم.

أما الاتفـاق على الاعفاء فـهو تعاقـد فردى بين طرفين ينتهى إلى اعـفاء المدين الذى اخل بالتزامـه من نتائج هذا الاخلال، وتحمـيل الدائن وحده تلك النتائج.

أحكام اتفاقات الاعفاء من المسئولية وفقا للقانون المصرى:

اشرنا فيما سبق إلى نص المـادة ٢١٧/ ٢ مدنى التى اجازت مبدأ الاتفاق على الاعفاء من المسئـولية العقدية او التخفـيف منها. ويتبين من هذا النص ان صحة الاتفاق مشروطة بعدة ضوابط:

١ - انه يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية الناتجة عن خطأ المدين.

غير ان ذلك مقيد في في حدود الخطأ العادى. أى الخطأ غير الجسيم. فقد اضاف نص المادة المشار اليها.. **الا ما ينشأ من غشه أو عن خطئه الجسيم».** وبالتالى فان اى اتفاق على الاعفاء فى هاتين الحالتين يقع باطلا ولا يعتد به، ذلك ان الغش يتضمن خطأ عمديا، ويأخذ حكمه الخطأ الجسيم. ويبرر عدم **الاعفاء فى هاتين الحالتين، ان الاعفاء لو اجيز فيهما فان التزام المدين يصبح التزاما معلقا، أو شبه معلق، على شرط ارادى بحت، وهو ما حظرته المادة ٢٦٧ مدنى بنصها على ان «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف** يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم».

وقد يثور تساؤل حول الحالة التى يبطل فيها شرط الاعفاء لتعلقه بحالة الغش او الخطأ الجسيم، وهل يستطيع المدين ان يتمسك بالاعفاء اذا كان **اخلاله بالالتزام قائما علي الخطأ اليسير (أى غير الجسيم)، أم أن بطلان الشرط يسقط كل احتمال للاعفاء من المسئولية او للتخفيف منها؟.**

ونعتقد ان المدين فى هذه الحالة يعفى من نتائج الخطأ اليسير، فرغم سقوط شرط الاعفاء لتعلقه بالخطأ الجسيم او الغش، فإننا نستبقى منه ما يؤدى اليه، في نية الطرفين، من معنى الاعفاء من المسئولية، فيما هو اقل من الخطأ الجسيم.

٢ - ان الاتفاق على الاعفاء، أو التخفيف من المسئولية العقدية، يجوز عن خطأ التابعين ولو كان جسيما أو قام علي الغش. وهو ما صرحت به بوضوح المادة ٢١٧/ ٢ مدنى، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية

بأنه «اذ خلص الحكم المطعون فيه الى عدم مساءلة الناقل عن التلف تأسيسا على شرط الاعفاء الوارد بعقد النقل طبقا لنص المادة ٢١٧/ ٢ من القانون المدنى فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أيا كان الخطأ الذي نسبه الحكم الى عمال الناقل وسواء وصفه بأنه خطأ يسير أو خطأ جسيم»[١] .

٣ - انه لا يجوز أن ينصب شرط الاعفاء من المسئولية العقدية على الالتزام الجوهرى الناشئ عن العقد، وتطبيقا لذلك لا يجوز الاتفاق، مثلا، بين المؤجر والمستأجر على عدم مسئولية الاول عن عدم تسليم العين المؤجرة، أو ان يتفق فى عقد البيع على اعفاء البائع من المسئولية عن عدم تسليم الشئ المبيع. فمثل هذه الشروط مخالفة للمقتضى الرئيسى للعقد، وتجرده، بالتالى، من مضمونه الحقيقى المقصود من ورائه. ويترتب على هذا المنطق أن الاعفاء من المسئولية العقدية انما يرد علي التزامات جانبية أو تبعية، كالتزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة، أو التزام البائع بتسليم بعض ملحقات الشئ المبيع.

٤ - لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية الناشئة عن الاضرار بالسلامة الجسدية للاشخاص، وذلك لتعلق هذه السلامة وحمايتها بالنظام العام.

ويأخذ ذات الحكم - من حيث مشروعية الاعفاء- الاتفاق على حد اقصى فى الشرط الجزائى الخاص بالتعويض، ولكن مثل هذا الحد الاقصى لا يجوز ان يستر اعفاءً من المسئولية فى حالات لا يجوز فيها الاعفاء.

---

(١) نقض مدنى ٣/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض، س ٢٠- ٨٥١، راجع : محمد كمال عبدالعزيز، ص ٧٩٤، وراجع : فينى، مقدمة المسئولية، رقم ١٧٣، ونقض مدنى فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٩١ دالوز ١٩٩١- ٤٤٩ وتعليق جستان.

٥ - رغم اجازة مبدأ مشروعية شروط الاعفاء أو التخفيف من المسئولية فإن هناك حالات خاصة يحرص فيها القانون على تحريم هذه الشروط. ومن ذلك ما تنص عليه «المادتين ٣٠/٨ و ٤/ ٥ من معاهدة سندات الشحن الصادر فيها المرسوم بقانون فى ٣١/ ٤/ ١٩٤٤ ان التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى الذي نصت عليه المعاهدة - في حالة بيان جنس البضاعة أو قيمتها فى سند الشحن - يعتبر حدا اقصى للمسئولية القانونية لما يمكن ان يحكم به، وحدا ادنى للمسئولية الاتفاقية بالنظر الى ما يصح الاتفاق عليه ... والاتفاق على تخفيف مسئوليته والنزول بها بحيث يكون الحد الاقصى لها اقل من الحد القانونى المنصوص عليه فيها يعتبر باطلا بطلان مطلقا ولا اثر له، وبالتالى يفتح المجال لتقدير التعويض وفقا للقواعد العامة الواردة فى القانون المدنى فى شأن المسئولية التعاقدية بصفة عامة على الا يجاوز التعويض المقضى به الحد الاقصي المقرر فى المعاهدة فى حالة عدم بيان جنس البضاعة وقيمتها فى سند الشحن[1] .

٦- ان شرط الاعفاء أو التخفيف من المسئولية اذا ورد في عقد من عقود الاذعان، وكان مقررا إضرارا بالطرف المذعن، فانه يخضع لسلطة القضاء، وفقا للمادة ١٤٩ من القانون المدنى، والتى تجيز للقاضى ان «يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»، كما ان على القاضى ان

---

(١) نقض ٢٦/ ٥/ ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦- ١٠٧٨ و ٣٠/ ٤/ ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض، س ٢٦- ٨٩٠. وراجع التعديلات التى ادخلتها اتفاقيه لندن سنة ١٩٧٦، وكذلك قانون التجارة البحرية المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، رفعت فخرى وفريد العرينى، السابق، نادية معوض، قانون التجارة البحرية ١٩٩٥.

يفسـر الشك، اذا ثار فى شأن تفسير تلك الشـروط، لمصلحة الطرف المذعـن (م ١٥١/ ١ مدنى).

وهذا المعنى الاخير يتفق مع الاتجاهات الحديثة، فى بعض الدول المتقدمة، كفرنسا، والتى صدرت فيها تشريعات تحـمى المستهلك، كما اشرنا في مقدمة هذا المؤلف، وتبطل بالـتالى شـروط الاعـفاء، أو الـشروط التـعـسفـيـة، التى يفرضها المتعاقد اضرارا بالمستهلك[1] .

المقصد الثانى
شروط تشديد المسئولية العقدية

يجوز الاتـفاق على تشـديد المسئوليـة العقـدية، بأن يتحـمل المدين هذه المسئولية في حالات لا يتـحملها فيها وفقا للقانون او وفقـا للقواعد العامة في القانون المدنى، ومن ذلك أن القانون المدنى يعفى المدين مـن المسئولية فى حالة توافر شروط السبب الاجنبى، على نحـو ما سبق ان بسطناه في موضع سابق. ومع ذلك فقـد اجازت المادة ٢١٧/ ١ مـدنى الاتفاق علي «ان يتـحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة»[2] فاذا اتفق على هذا التشديد فانه يكون بمثابة تأمين من جانب المدين لصالح الدائن.

* ومن ناحيـة اخرى، فـان التشديد، رغم اجـازته، الا انه يتقـيد بقـيدين اساسيين.

---

(١) راجع : حسن عبد البـاسط جميـعى، أثر عدم التكافـؤ بين المتعاقـدين على شروط العـقد، ١٩٩٠/ ١٩٩١، دار النهضة العربية، خاصة ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) راجع : نقض ٢٨/ ١٢/ ١٩٧١ مجمـوعة احكام النقض، س ٢٢- ١١٢٨ والذي يؤكد ان قواعـد المسئولية العقـدية ليست من النظام العـام ويجوز بالـتالى الاتفاق على تخـفيفـها او تشديدها، ويلاحظ ان الاتفاق على التشديد يجب ان يوضع فى صياغة صريحة وواضحة.

القيد الأول انه اذا تمثل التشديد في شرط جزائي، فانه يخضع للضوابط التشريعية الواردة في المادة ٢٢٣ مدني، والتي تجيز تخفيض الشرط الجزائي اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة، أو كان المدين قد نَفَّذَ جزءاً من التزامه.

القيد الثاني : ان التشديد يقع باطلا اذا كان المشرع يحدد حداً اقصى للمسئولية، وجاء التشديد متجاوزاً لهذا الحد الاقصى، كما هو الحال في معاهدة سندات الشحن والسابق الاشارة اليها.

وكذلك الحال في التعويض عن التأخير في سداد الديون النقدية، حيث يحدد المشرع الحد الاقصى للفوائد الاتفاقية بسبعة في المائة ولا يجيز في المواد المدنية[1] تقاضي فوائد على الفوائد، أو أن تزيد الفوائد على رأس المال (م٢٣٢ مدني). وقد سبق أن اشرنا الى ذلك.

ويلاحظ اخيرا ان هناك صوراً اخرى مختلفة للتشديد، ومنها الاتفاق على ان يلتزم أحد طرفي العقد بالتزامات اضافية تتجاوز الالتزامات التي تنشأ بمقتضى الاتفاق او بمقتضى القانون. وهو أمر جائز - من حيث المبدأ- ما دامت هذه الالتزامات الاضافية لا تخالف نصا آمرا ولا تصطدم بطبيعة العقد. ومثل هذا الاتفاق، المشار اليه، لا يعدو ان يكون توسيعا لدائرة فحوى العقد بمقتضى التراضي. ومن قبيل الاصطدام بالنصوص الامرة ان يحمل المؤجر المستأجر بالتزامات تلقى على عاتقه عبئا ماليا اضافيا على نحو يمثل تحايلا على قدر الاجرة المحددة في القوانين الخاصة بايجار الاماكن (٤٩ لسنة

---

(١) يستثنى من كل هذه القواعد ما تمليه القواعد والعادات التجارية.

١٩٧٧ و ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، أو ان يفرض رب العمل على العامل اعباء مالية تؤدى بطريق غير مباشر الى تخفيض اجره عن الحد الادنى المقرر قانونا للاجور. ففى مثل هذه الفروض يضحى التشديد غير جائز قانونا.

أما التشديد الذى قد يصطدم بطبيعة العقد فمثاله ان يتفق الطرفان على ان يكون التزام احداهما بتحقيق نتيجة بدلا من بذل عناية، ومن هذا القبيل الاتفاق الذى يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض، او ان يلتزم المحامى قبل موكله بكسب الدعوى. فمثل هذه الاتفاقات تصطدم بطبيعة العقد وكونه لا ينشئ الا التزاما ببذل العناية الواجبة. ومن ثم فمثل هذه الاتفاقات، **إن وجدت، فلا اثر لها قانونا ويظل الطبيب او المحام غير مسئول ما دام قد بذل ما فى وسعه طبقا لاصول المهنة وقواعدها وفق ميعا ر أواسط امثاله.**

الفصل الثانى

القواعد الخاصة بانحلال العقد

تتعلق مشاكل المسئولية العقدية، والسالف عرضها، لحالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي، أو تنفيذه على نحو معيب، بخطأ المدين، ويتمثل جزاؤها في الحكم بالتعويض، جبراً لما ترتب على الاخلال بالتنفيذ من اضرار. أما فى مقام التعرض للقواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين، فان الامر محل البحث هو حق كل متعاقد فى أن يطلب من الآخر القيام بتنفيذ التزامه المقابل، فاذا لم يستجب لمقتضى القوة الملزمة للتعاقد كان من حق الاول ان يسعى الى التحلل من الرابطة العقدية، سواء بالاتفاق على التقايل، سواء بالتمسك بالفسخ، أو بتقرير انفساخ العقد فى حالة استحالة التنفيذ. ويلاحظ ان هذه الصور الثلاث لا ترد الا فى العقود الملزمة للجانبين، سواء كانت عقودا محددة او عقوداً احتمالية، يستوى فى شأنها العقود المنشئة (كالبيع) أو العقود الكاشفة كالقسمة. أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها الفسخ، حيث يقع الالتزام على عاتق طرف واحد، ومن مصلحة المتعاقد الآخر، بالتالى، ان يطلب دائما تنفيذ الالتزام وليس فسخه.

المبحث الاول

التقايل

التقايل، هو ان يتفق طرفا العقد على الغائه، والتحلل بالتالى مما يربطهما من التزامات ناشئة عنه، وكلمة التقايل تعنى الإقالة، أى ان يقبل كل من المتعاقدين الآخر من الالتزام بالرابطة العقدية. وما دام ان التقايل يتم بالتراضي فليس من المهم البحث عن دوافعه واسبابه. فقد يعود الى رغبة من الطرفين فى مجرد العدول عن العقد المبرم بينهما، وقد يعود الى صعوبات فى التنفيذ ابداها احد الطرفين وتفهمها وقبلها الطرف الاخر. ويعتبر التقايل تعاقداً جديداً، موضوعه ازالة العقد القائم بالغائه. ولذلك يشترط فيه ما يشترط في ابرم العقود عموما من اركان وشروط صحته. والاقالة بالمعنى السابق ترد على أى عقد سواء كان من عقود المعاوضات او من عقود التبرعات.

والتقايل هو الغاء كامل للتعاقد القائم، ولذلك يتعين التفرقة بينه وبين اى اتفاق آخر مختلف لا يكون محله الغاء كامل العقد[1]. فلا يعد تقايلا اتفاق الطرفين على تعديل بعض بنود الغقد، كأن يتفق البائع والمشترى على تعديل الاجرة أو تعديل مدة الايجار.. الخ. والامر رهن بما يستخلصه القاضى، عند النزاع، من عبارات الاتفاق والبحث عن النية المشتركة لاطرافه. وقد قضى بأن حصول التفاسخ (التقايل) من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فاذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التقايل من عبارات واردة في اوراق الدعوى مؤدية اليه، فلا سبيل عليها لمحكمة

---

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد، رقم ٣٣٤ وما بعدها.

النقض»[1] غير ان ذلك مشروط، كما يتضح من الحكم المذكور، بان يكون الاستخلاص سائغا من ظروف الدعوى ومستنداتها والتى تؤدى الى ما تنتهى اليه المحكمة من نتيجة. ولذلك فان الحكم الذي ينتهى الى القضاء بالتقايل رغم الثابت، فى الدعوى، من ان كل من الطرفين كان متمسكا ببقاء العلاقة التعاقدية، وباخلال الطرف الاخر بالتزاماته - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون[2].

الاتفاق على التقايل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا :

يتم التقايل باتفاق صريح، حين تنبئ عبارات الاتفاق عن ان كل منهما يقيل الآخر من العقد المبرم بينهما، أى ان ارادتيهما قد اتجهت الى احداث هذا الاثر بعبارات صريحة.

ويلاحظ ان ارادتى المتقايلين قد تلتقيا علي التقايل دون اتفاق مسبق، وانما خلال نزاع قضائى متبادل بينهما. ومن ذلك ان يقيم احد المتعاقدين دعوى بالفسخ، فيرد عليه المتعاقد الآخر بطلب الفسخ بدوره.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا المقام بأن «اختلاف السبب الذى بنى عليه كل من الطرفين طلبه لا يغير من انهما طلبا الفسخ بطلبين متقابلين متفقين فى الهدف. متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين، وطلب هؤلاء الاخيرين فسخ هذا العقد، فان

---

(١) نقض مدنى ١٥ ابريل سنة ١٩٤٨، مجموعة عمر - ٥- رقم ٣٠٢، ونقض مدنى ٦ ابريل سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض س ١٢ ص ٣٥٣.

(٢) نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠ ص ٧، و ٢٠/ ٣/ ١٩٨٤ طعن ٧٦٩ س ٤٩ ق، و ٢٩/ ١/ ١٩٩٠ طعن ٩١٨ س ٥٢ق.

الحكم المطعون فيه اذ قضى بالفسخ تأسيسا على تلاقى ارادتى المشترى والبائعين، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلاً من البائعين والمشترى قد بنى طلب الفسخ على سبب مغاير للسبب الذي بناه الآخر، اذ أن مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل فى طلب التعويض[1].

* ويجوز أن يتم التقايل بايجاب وقبول ضمنيين. فالتعبير الضمنى كالتعبير الصريح فى انتاج الاثار القانونية. غير ان على المحكمة عندما تستخلص التقايل من تعبير ضمنى أن تورد الوقائع والظروف التى اعتبرتها كاشفه عن التقايل، وان يكون استخلاصها سائغاً غير مناقض للثابت فى اوراق الدعوى: ».. «ان نورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن ارادتى طرفى العقد».. وان تبين كيف تلاقت ارادتا طرفى التعاقد على حل

---

(١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤، وراجع نقد هذا الحكم: عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٦٦٣ هامش ١ حيث يرى انه كان يتعين على محكمة النقض نقض الحكم لفساد فى الاستدلال، ذلك لان ارادة الطرفين لم تلتقيا فى الحقيقة، فاذا كان كل منهما قد طلب الفسخ، الا انه قد طلبه على سبب مغاير بل مناقض للسبب الذي اسس عليه الاخر طلبه، فلسنا هنا بصدد تفاسخ او تقايل يقوم على توافق ارادتين، انما بصدد دعويين بالفسخ عن عقد واحد، وكان خليقا بالمحكمة ان تنظر في كل دعوى، حتى اذا ما تبينت اخلال المدعى فيها بالتزاماته، حال ان المدعى غير مخل بالتزاماته هو، جاز لها ان تقضي لمصلحته بالفسخ مع التعويض على حساب غريمه، اما اذا تبينت ان الاخلال بالالتزامات متبادل بين الطرفين كليهما، بمعنى ان كل منهما مخل بما يوجبه العقد عليه، قضت برفض الفسخ لعدم تكامل كل شروطه. ونعتقد ان هذا النقد في محله ليس فقط للفساد فى الاستدلال بل للقصور فى التسبيب والاخلال بدفاع كل خصم ايضا، من جانب الحكم المطعون عليه. ويلاحظ، بهذه المناسبة، ان التقايل لا يفترض، بل لابد من الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا، كما هو موضح في المتن، ولذلك لا يعتبر تقايلا ان يبيع المشترى ذات الشئ الذي اشتراه لمن باعه له، فالحال انه بيع عكسى: عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٦٦٢.

العقد.. بحيث لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد التنازل حسبما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدنى»[١].

آثار التقايـل :

يعتبر التقايل عقداً جديداً، موضوعه الغاء العقد القائم. وهو بالتالى يؤدى الى اعتبار العقد غير قائم بين طرفيه، ويمتد هذا الاثر الى الماضي. ولكن هذا الاثر الرجعى مقصور على علاقة طرفى العقد الذي تم التقايل فى شأنه، وهو تعبير عن ارادتيهما في هذا الخصوص. ومع ذلك فانه يجوز للطرفين ان يتفقا على الا يكون للتقايل اثر رجعى كامل، وذلك اذا ما انصرفت ارادتيهما الى الابقاء على بعض الحقوق او الالتزامات الناشئة عن العقد الذي تم التقايل عنه. أما بالنسبة للغير، فان التقايل لا يجوز ان يمس الحقوق التى يكون هذا الغير قد كسبها على العين موضوع التعاقد. وتبدو هذه الملاحظة الاخيرة على قدر من الاهمية والتحديد بالنسبة للحقوق العينية الواجبة الشهر ويترتب على ذلك ان التقايل عن عقد بيع سبق تسجيله، لا اثر له بالنسبة لمشتر آخر سبق الى تسجيل عقد شرائه قبل تسجيل التقايل.

كذلك الحال لو تقايل بائع ومشترى عن بيع عقار، فان عودة هذا العقار لمالكه، اذا كانت ممكنة قانونا ، لا تمس ما يكون الغير قد اكتسبه من حقوق - استوفت احكام الشهر العقارى - على العقار المذكور، قبل تسجيل التقايل. اذ يعود العقار إلى مالكه، فى مثل هذه الحالة مثقلا بتلك الحقوق[١].

(١) نقض مدنى ٢٩/ ١/ ١٩٩٠ طعن ٢٠٨٣ س ٥٣ق، والسنهورى، السابق، والمستشارين محمد المصرى، ومحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، ١٩٩٧ دار المطبوعات الجامعية، ص ٩٧ وما بعدها، وعبد الفتاح عبد الباقى، السابق.

(٢) نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض، س ١٧ - ٨٢٥، والسنهورى السابق.

وقد قضى فى هذا المعنى السابق بان الغير الذى لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب على العقار المبيع حقا عينيا، وأن ذلك لا يتحقق بالنسبة لمشترى العقار من المشترى الاول، الا بشهر عقد البيع، والتأشير بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتها المشهرة(١).

ويترتب على ما سلف، أنه يجوز للغير، الذى يضر التقايل بمصالحه، ان يتمسك بصورية التفاسخ، وله أن يقيم الدليل على ذلك، باعتباره من الغير، بكافة طرق الاثبات، بما فى ذلك البينة والقرائن، اياً كانت قيمة النزاع. وعلى المحكمة اذا اثير امامها هذا الدفع بالصوريه ان تحققه، والا كان فى تجاهلها له الاخلال بحق الدفاع، ولا يعتبر ردًا على الدفع بصورية التعاقد ما قد ما تقرره المحكمة من أن احد طرفى العقد قد اقر بصحته(٢). لان فى هذا الرد مصادرة على المطلوب دون اجراء التحقيق اللازم.

وأخيرا، فان الاقالة، باعتبارها الغاءً للعقد، تفترض ان اعادة الحال الى ما كانت عليه ممكنة. فاذا كان هذا الامر مستحيلا بطلت الاقالة لإستحالة محلها. وهذا الحكم هو محض تطبيق للقواعد العامة(٣).

---

(١) نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٧٩ طعن ٧٦٢ س ٤٥ق، وراجع : محمد المصرى، محمد عابدين، السابق.

(٢) نقض ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ طعن ١٠٢ س ١٣ق.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، رقم ٣٣٦ : والذي يلاحظ بالتالى انه اذا حدثت الاقالة عن عقد بيع، وكان الشئ المبيع قد تم التصرف في جزء منه للغير، فان الاقالة تنصرف إلى الجزء الباقى.

المبحث الثانى
انتهاء العقد بغير طريق الفسخ

نشير قبل الدخول فى **انتهاء الرابطة العقدية، بـالطرق المشار اليها سلفا، إلى ان هناك وسائل اخرى لهذا الانتهاء لا تدخل تحت بند الفسخ** او التفاسخ، وتتمثل هذه الوسائل فى ثلاث: انـهاء العقـد بالارادة المنفردة، انتـهاء العـقد بحلول أجله، ثم انتهاء العقد بالوفاة.

أولا- انهاء العقد بالارادة المنفردة :

الاصل ان العـقود شريعـة عاقـديها، ولا يجـوز نقضـها أو تعديـلها **إلا بالاتفاق، ومع ذلك هناك حالات يجوز فيـها لاحد الطرفين، أو لاى منهما أن ينهى العلاقة العقدية بارادته المنفردة، ومن هذه العقود :**

١ - عقد العمل غير المحدد المدة، إذ يجيز قانون العمل لكل من طرفيه ان ينهى هذا العقـد بارادته المنفردة[١]، **دون حاجـة لموافقـة الطرف الاخر، ودون** حاجة الـى الالتجـاء الى القضـاء، **ولا يشتـرط لـصحة الاجراء سـوى مراعاة** مـا قد يفـرضه القانون من مهلـة للاخطار، **وكذلك الحال فى عقـود الايجار،** الخاضعة للقانون المدنى، **وغير محددة المدة.**

٢- عقد الوكالة، حيث يجوز للموكل ان ينهى الوكالة او يقيدها فى أى وقت (م ٧١٥/ ١مدنى)، مـا لم تكن قد صدرت لمصلحة الوكـيل او لمصلحة الغير (م ٧١٥/ ٢ مدنى). كما يجوز للوكيل ان ينزل عن الوكالة فى أى وقت (م ٧١٦/ ١ مدنى) ما لم تكن صادرة لمصلحة الغير. (٧١٦/ ٢ مدنى).

---

(١) كمـا تنقضى عـلاقة العـمل باستـقالة العـامل ...، م ٧١ من قانون العـمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١

٣ - فى عقد الوديعة : يجب على المودع لديه ان يسلم الشئ المودع للمُودِع بمجرد طلبه، ما لم يكن الاجل مقررا لمصلحة المودع لديه. ولهذا الاخير ان يلزم المودع فى أى وقت بتَسلُّم الشئ فى أى وقت الا اذا تبين من العقد ان الاجل عُيِّنَ لمصلحة المودع (م ٧٢٢مدنى).

٤- فى عقد المقاولة ، يجوز لرب العمل التحلل من العقد وان يوقف تنفيذه فى أى وقت قبل تمامه، على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من أعمال وما فاته من كسب كان يحققه لو انه اتم العمل (م ٦٦٣/ ١ مدنى)

٥ - فى عقد القرض، إذا اتفق على الفوائد، يجوز للمدين، «بعد انقضاء ستة أشهر على القرض ان يعلن رغبته في الغاء العقد ورد ما اقترضه، على ان يتم الرد فى اجل لا يجاوز سته اشهر من تاريخ هذا الاعلان، وفى هذه الحالة يلزم المدين باداء الفوائد المستحقة عن ستة اشهر تالية للاعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بان يؤدى فائدة او مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه» (م٥٤٤ مدنى).

٦- فى الدخل الدائم، يجوز للمدين عندما يشاء ان يستبدل الدخل بعد اعلان رغبته فى ذلك، وبعد انقضاء سنة على هذا الاعلان (راجع المواد ٥٤٦ مدنى).

٧- يجوز، في عقد الشركة، اذا كان محدد المدة، لأى شريك ان يطلب من القضاء اخراجه منها، متى استند فى ذلك لاسباب معقوله، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق على استمرارها (م ٥٣١ مدنى). وهو نوع من

الفسخ القضائى، يختلف عن صور الفسخ للاخلال بالالتزام او لاستحالة التنفيذ.

٨ - **فى عقد الهبة** ، اذا اراد الواهب ان يرجع عن الهبة، ورفض الموهوب له، جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع اذا استند فى ذلك الى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع (مواد ٥٠٠ الى ٥٠٣ مدنى)(١).

٩ - **فى عقد التأمين على الحياة**، حيث يجوز للمؤمن له، في هذا التأمين، ان يتحلل في اى وقت من العقد، وبالتالى من سداد الاقساط، بإخطار كتابى يرسله الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة. (م ٧٥٩مدنى)، كما يجوز للمؤمن له، متى كان قد دفع ثلاث اقساط سنوية على الاقل، ان يصفى التأمين بشرط ان يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع. (م ٧٦٢/ ١ مدنى)، « ولا يكون قابلا للتصفية التأمين على الحياة إذا كان مؤقتا». (م ٧٦٢/ ٢ مدنى).

ثانيا- انتهاء العقد بانقضاء أجله :

تتضمن كثيره من العقود مدة محددة تنتهى بانتهائها، وهذا هو الحال فى عقود المدة التى تبرم لمدة محددة، كعقد الايجار، الخاضع للقانون المدنى، بكافة صوره، وعقد التوريد محدد المدة، وكذلك عقد الشركة محدد المدة...الخ.

ثالثا - انقضاء العقد بوفاة أحد اطرافه :

لا تؤدى الوفاة، كقاعدة عامة، الى انقضاء العقد، بل يبقى قائماً مستمراً

---

(١) موانع الرجوع حددتها المادة ٥٠٢ مدنى، ومن أهمها اذا كانت الهبة من أحد الزوجين الى الاخر ولو اراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية، او كانت الهبة لذي رحم محرم، او كانت صدقة او عملا من أعمال البر، او كان احد طرفيها قد مات... الخ.

مع ورثة المتوفى، سواء فيما ينشئه من حقوق، او ما يترتب عليه من التزامات (مع ملاحظة ان الورثة لا يلتزمون بديون مورثهم الا في حدود ما آل اليهم من تركة). ومن هذه العقود عقود البيع، عقود الايجار، عقود شركات الاموال...الخ .

* **غير ان هناك من العقود ما يقوم فيه التعاقد على قدر من الثقة الشخصية الواضحة، أى أنه يتم لاعتبار شخصى فى احد المتعاقدين.** ومن ذلك عقود **شركات الاشخاص** (كشركة التضامن)، وشركة المحاصة، فهذه الشركات قائمة على اعتبار شخصى بين الشركاء، ولذلك فانها تنقضى بوفاه احد الشركاء، حيث لا تقوم ذات الثقة الشخصية، بالضرورة، بين الشريك وورثة المتوفى. وهو عكس الحال في شركات الاموال، كالشركات المساهمة، **اذ لا تكون شخصية المساهم محل اعتبار، وبالتالى لا تنقضى الشركة بوفاة صاحب بعض الاسهم، بل تنتقل هذه الاسهم للورثة، وتستمر الشركة قائمة.**

* وكذلك الحال في **الوكالة**، والتى تنقضي بوفاة الوكيل أو بوفاة الموكل (م٧١٤مدنى والتى تنص على انتهاء الوكالة بموت احد طرفيها، وكذلك باتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين لها).

* **كذلك ينتهى عقد المقاولة بوفاة المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية** محل اعتبار في التعاقد (م٦٦٦ مدنى)

* **ينتهى عقد ايجار الارض الزراعية، اذا كان بالمزارعة**، بموت المستأجر (م٦٢٦ مدنى).

* وينتهى **عقد العارية** بموت المستعير، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٦٤٥مدنى).

* وينفسخ **عقد العمل** بوفاة العامل (م ٦٩٧ مدنى)[(١)].

* واخيرا فان الاصل فى **عقد التأمين** الا ينتهى بوفاة المؤمن له، بل يستمر مع ورثته ولمصلحتهم. ومع ذلك فـان لهؤلاء الورثة، شأن مورثهم، فى بعض الحالات انهاء العقد بارادتهم وحدهم.

المبحث الثالث

فسخ العقد وانفساخه

فسخ العقـد هو انهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعـاقد جزاءً لعدم قيـام المتعاقد بـتنفيذ التزامـه العقدى، والفـسخ بالتالى هو احد جـزاءات عدم التنفيـذ، وهو يُكَوِّنُ، بالتالي، ثنائيـة الجزاء مع المسئوليـة العقدية. وقـد يتلازم جزاء الفسخ مع جـزاء المسئولية العقديـة (التعويض)، وذلك حين يخل المدين بالتـزامه، فـيطلب الدائن فـسخ العقـد، وفى ذات الوقت يكون هذا الاخـلال خـاطئا ويرتب ضـرراً للدائن، فيطـلب هذا الاخيـر تعويضـاً عمـا لحق به من اضرار.

غيـر ان التلازم بين جزاء الفـسخ، وجزاء المسئوليـة العقدية (التـعويض) ليس تلازمـا دائما. فـفى بعض الفروض لا ينفـذ المدين التزامـه، ويكون ذلك راجعا الى سبب اجنبى - كما سبق ان عرضنا- وفى هذه الحالة ينفسخ العقد، ولا يكون هناك مجال للتعويض لانتفاء المسـئولية العقدية (استنادا الى السبب الأجنبى الذى لايد للمدين فيـه). وفي حالات اخرى يكون عدم التنفيـذ غير

(١) وتنص المادة ٧١ من قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على انقضاء عـقد العمل بوفاة العامل حقيقة أو حكما ويكون تقرير وفاة العامل حكما بموجب حكم قضائى نهائى.

راجع الى سبب اجنبى، فيطلب الدائـن تحريك المسئولية العقـدية، بمعنى تنفيذ العقد تنفيذا بمقابل عن طريق التـعويض. ومعنى ذلك ان طريق الفسخ مفتوح دائمـا – على حد تعـبير الاسـتاذ السنهـورى – في حين ان طريق المسـئوليـة العقـدية قد يسـد فى بعض الاحوال.. اذ قـد يتفق ان يـكون عدم قيـام المدين بالتزامـه انما يرجع الى سبب اجنبى لايد له فيـه، فتنقضي مسـئوليته العـقدية، ولكن يبقى الفسخ، بل ان العقد ينفسخ في هذه الحالة بحكم القانون..»[1].

المطلب الاول

الاساس القانونى لفسخ العقد

تعددت الاتجـاهات فى تأسيس الفـسخ من الناحية القـانونية، بحـثا على اساس يفسـره ويساند تطبيـقه من الناحية النظرية، ذلك ان القـانون الرومانى، وهو الاصل التاريخى للشريعة اللاتينية، لم يعرف، في عصوره الاولى، نظاما للفسخ، واقـتصرت مفـاهيمه على الاعتـراف للعاقد بحق الامتناع عن تنـفيذ التزامـه اذا لم يعرض العاقد الاخـر تنفيذ التزامـه المقابل، ويرجع عدم مـعرفة نظام الفسخ الى ان العقـد، في القانون الروماني، كان ينشئ التزامات مـستقلة كل منها عن الاخـرى على عاتق اطراف العقد، إذ أن كل التـزام انما ينشأ عن تعهد خاص من جانب المدين، وبالتـالى فاذا زال احد هذه الالتزامات، فانه لا يوجد، قانونا، ما يدعو الى زوال الالتزام المقابل.. وبالتالى لم يكن هناك فسخ لعدم التنفيذ. وقد حاول العمل ان يسـد هذه الثغرة التى تمثل ظلماً واضحا في التطبيق العملي.

---

(١) السهنورى، السابق، رقم ٤٦٢ :

ومن هنا ظهرت فكرة ان كـل من يلتزم انما يلتزم بشـرط ان يقوم الطرف الاخر بتنفيذ التزامه المقابل. أو ما يسمى بالفرنسية Pacte commissoire. ثم جاء الكنسيـون، فى القرن الحادى عشر، وجـددوا هذه الفكرة تحت مسمى الفسخ، بمعناه الحـديث، والذى يسمح لاحد المتعـاقدين ان يعلن خصـمه امام القضاء ليثبت عليه تقاعسه عن تنفـيذ التزامه، ويطلب بالتالى اعفاءه من تنفيذ الالتزام المقـابل. ويقدر القـاضى، فى ضوء ظروف الدعـوى وملابسـاتها، ان كان يحكم بـالفسخ أو ان يرفض هذا الطلب. وقـد استند الكنسـيون في هذا التجديد الى المفـهوم الاخلاقى فى الالتزام، فالشخص لا يبـقى على تعهده اذا كان الطرف الاخر لا يفى بتـعهده. وبالتالى فالفـسخ جزاء يوقع على الناكث بتعـهده، وهوإعمال للعـدالة بالنسبة للدائـن. يضاف الى ذلك ادخال مفـهوم حـسن النية فى تـنفيـذ الالتزامـات العـقدية. وقـد تبلور هذا الاتجـاه، فى ظل القانون المدنى الفرنسى القديم، فى كتابات الفقيهين الكبيرين دوما Domat وبوتييه Pothier ، حيث اسسا الفسخ على سند من ارادة المتـعاقدين، باعتبار ان الفسخ مقدر دائمـا فى كل العقود التبادلية فى حـالة نكوص أحد العاقدين عن تنفيـذ التـزامه» (وهـو ما اعـتـمـده نص المادة ١١٨٤ من القـانون المدنى الفـرنسى)، أى اسـتنادا الى مـا يسـمى **الشـرط الفاسخ الضـمنى في العقـود التبادلية**. والفكرة - في تقديرنا - جـيدة ومقـبوله عدالة ومنطقـا. فلاشك ان كل متعاقد يركن الى حـسن نية العاقد الاخر، وحسن استعـداده لتنفيذ التزامه المقابل، والا لما كـان قد تعهـد اصلا، وبالتالـى لا مجال للنقـد الذى وُجِّهَ الى فكرة الشرط الفـاسخ الضمنى، والذي يدعى ان في هذه الفكرة افتـرضا نظرياً

لا يطابق حقيقة ارادة التعاقد. غير ان النقد الحقيقى الذى يمكن ان يوجه لفكرة الشرط الفاسخ الضمنى، انها لا تفسر السلطة التقديرية التى يملكها القضاء فى الحكم بالفسخ او رفضه، اذ لو كان تفسير الشرط الفاسخ الضمنى صحيحا، بصفة مطلقة، لكان الفسخ وجوبيا فى جميع الحالات، ولما كان للقضاء فى شأن الحكم به اية سلطة تقديرية[١].

* لذلك اتجه جانب من الفقه الفرنسى إلى تأسيس الفسخ على فكرة اخرى هى فكرة السبب[٢]. ذلك انه اذا امتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، أو كان هذا التنفيذ مستحيلا، فان التزام المتعاقد الاخر يضحى بغير سبب. وقد نادى بهذه الفكرة الفقيه الفرنسى كابيتان Capitant . وقد أُخِذَ على هذه النظرية مأخذ تقنى ونظرى، وهو انها تعنى ان سبب التزام كل متعاقد، ليس هو التزام المتعاقد الاخر، ولكنه تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه، وكأن السبب لازم ليس فقط لنشأة الالتزام ولكنه لازم ايضا لاستمراريته قائما ونافذا، أى ان السبب ملازم للعقد طوال مدة قيامه. وهذا المفهوم الاخير لا يتقبله اغلب

---

(١) راجع : كابيتان Capitant ، السبب في الالتزامات، وموری Maury، فكرة المقابل، رسالة من تولوز ١٩٢٠م مارتى ورينو، الالتزامات، الجزء الاول، رقم ٣٣٨ وما بعدها.

(٢) راجع : كابيتان، السبب، رقم ٧ و ١٤، ١٢٠، وسبقه الفقيه ديمولب، جزء ٢٥ رقم ٤٨٩، ولوران، جزء ١٧ رقم ١٢٢، وراجع : بلانيول وريبير واسمان، ط ١٢، جزء ٦، رقم ٤١٠، ومن الاحكام القضائية الفرنسية القديمة: نقض مدنى فرنسى ١٤ ابريل سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩١-١-٢٩٨، و ١١ ابريل سنة ١٩١٨، دالوز ١٩٢١-١-٢٢٤، و ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢، دالوز التحليلى ١٩٤٢- ٩٨، ونقض تجارى فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بلتان المدنى ١٩٥٢-٢- رقم ٢٩٤، ومحمود جمال الدين زكى، رقم ٢٠٩، وعبد الفتاح عبد الباقى، رقم ٣٠٣، والسنهورى، العقد، رقم ٤٦٣.

انصار نظرية السبب، فالسبب قائم، نقط، عند لحظة قيام الالتزام. ويضاف الى ذلك أيضا ان نظرية السبب لا تفسر، بدورها، إعطاء القاضي سلطة تقديرية فى شأن الحكم بالفسخ او رفضه.

* وقد حاول جانب آخر من الفقه الفرنسى ان يضيف الى فكرة السبب السابقة مفهوما آخر يكملها، وهو فكرة المقابل Equivalence ، على سند من القول بأنه فى العقود التبادلية يظهر مفهوم المقابل، عند ابرام العقد، باعتباره المعادل المقصود والمطلوب عند تنفيذ الاتفاق، وبالتالى يجب استيفاءه عند التنفيذ، ومن هنا كان الفسخ جزاءً لعدم استيفاء مقابل مقابل مقابل العقد حال التنفيذ.

* وأخيرا يذهب البعض الى انه من الصعب وضع اساس نظرى محدد لنظام الفسخ، وأنه كان حصيلة تطور تاريخى اختلطت فيه مفاهيم عدة اثرت في نشأته، وربما كان أهمها مفاهيم حسن النية والعدالة، والتى تقتضى توازنا وتقابلا بين الاداءات المتقابلة، سواء من وجهة نظر العاقدين وما اتجهت اليه ارادتيهما، سواء من وجهه نظر القانون. ويبقى الهدف الاساسى المحافظة على توازن هو جوهر العلاقات التبادلية فى العقود الملزمة للجانبين(1)، وهو ما يعطى أيضا لفكرة الشرط الفاسخ الضمنى ، فى العقود التبادلية، أهمية كبيرة فى تأسيس نظرية الفسخ.

---

(1) راجع: مارتى ورينو، السابق، ومازو ودى جوجلار، السابق، رقم ٨٩-١٠. وراجع عبدالفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٣١٣.

المطلب الثانـــي

مفترضات الفسخ ومجاله

أشرنا إلى أن الفسخ هو جزاء قد يتمسك به أحد العاقدين عندما يتخلف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه. ولذلك فان مفترضه الاساسى هو وجود عقد، أي اتفاق هو حصيلة التقاء ارادتين متقابلتين، وبالتالي فلا مجال للحديث عن الفسخ في صدد التصرفات القائمة على الارادة المنفردة. كما هو الحال في الوصية. فهذه الاخيرة لا تكون نافذة إلا بوفاة الموصى مصراً على وصيته، وهو، حال حياته، يستطيع العدول عنها، أو تعديلها، كما يشاء.

كذلك لا يكون الفسخ واردا، كما سبق أن أشرنا فى العقود الملزمة لجانب واحد (كالهبة ما لم تكن مشروطة بالتزام مقابل)، اذ لا يتصور فيها سوى أن يطالب الدائن مدينه بالتنفيذ لا بالفسخ، ويطبق ذات الحكم على اقرار الشخص بما يدعيه خصمه.

ولذلك فالفسخ، بحكم منطق تقنيته، لازم العقود التبادلية، أي العقود الملزمة للجانبين، كالبيع والايجار والمقايضة، حيث تتقابل الالتزامات وتتساند فيما بينهما على نحو يكون فيه التزام كل متعاقد سببا لالتزام المتعاقد الاخر.

واذا استقام الامر علي هذا النحو، فان المفترض الثانى، لإعمال جزاء الفسخ، هو ان نكون بصدد عقد صحيح. فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد منعدم قانوناً، ولا وجود له منذ لحظة شُبهَةِ وجوده، ولذلك فان من كان طرفا في عقد باطل ليس له الا ان يتمسك بهذا البطلان، إما من خلال دعوى قضائية مبتدأة، وإما من خلال الدفع بالبطلان حين يطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ (وهو دفع مؤبد). وبالتالى لا يستقيم، مع منطق البطلان، أي مفهوم

للفسخ، فالفسخ يرد على عقد قائم بقصد التخلص من الالتزامات الناشئة عنه.. والحال ان العقد الباطل لا ينشى أى التزام، فالفسخ والبطلان نقيضان لا يجتمعان. ولكن هذا المفهوم الاخير مقصور على العقد الباطل بطلانا مطلقا، ولا ينطبق على العقد الباطل بطلانا نسبيا، فهذا الاخير هو عقد صحيح، مادام ان صاحب المصلحة لم يتمسك بابطاله، ولم يحكم له به بعد، فالعقد صحيح حالا، باطل مآلا اذا أُستجيب لطلب إبطاله. ولأنه عقد صحيح، فانه، حال صحته، يجوز التمسك بفسخه، اذا توافرت شروط الفسخ. ومعنى ذلك ان المتعاقد، فى العقد القابل للبطلان، يجوز له التمسك بابطاله اذا كان البطلان النسبى مقرراً لمصلحته، كما يجوز له ان يتمسك بالفسخ جزاءً على إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته. ولكن يلاحظ أن التمسك بفسخ العقد أولا، قد يقطع الطريق على التمسك بالابطال، اذ قد يفسر طلب الفسخ على أنه اجازة ضمنية للعقد القابل للبطلان، بما أدى إلى إقرار إستقراره تحت مظلة الصحة بصفة نهائية. أما اذا حدث العكس بأن طالب صاحب المصلحة بالابطال، وفشل فى دعواه، لعدم توافر شروطها، فان ذلك لا يمنعه من التمسك بالفسخ اذا توافرت شرائطه.

* وأخيرا: فان النظام القانونى قد يستبدل بالفسخ، بالنسبة لبعض أنواع العقود، جزاءً آخر، ومن ذلك جزاء السقوط فى عقد التأمين، ومن مؤداه سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين نتيجة اخلاله بالتزامه بالاخطار عن وقوع الخطر المؤمن منه، مع بقاء التزام المؤمن له بسداد الاقساط المستحقة عليه حتى وقوع الخطر، واحتفاظ المؤمن، بالتالى، بها[١].

ونعرض فيما يلى لصور فسخ العقد وانفساخه.

(١) راجع : حمدى عبد الرحمن، مذكرات فى عقد التأمين.

المقصد الأول
الفسخ القضائى

تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه: «(١) فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم **يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضي» «(٢) ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته».**

ويقرر النص السابق، فى فقرته الأولى، خيار الدائن بين ان يطلب التنفيذ **العينى، وأن يصمم عليه ازاء اخلال المدين بالتزامه العقدي، وله الحق فى هذا الطلب ما دام التنفيذ العينى ممكنا. كما ان له ان يطلب التنفيذ بمقابل، أى عن طريق التعويض. ولكن هذا الدائن له، اذا فقد الامل فى قيام المدين بالتنفيذ، ان يبادر بطلب الفسخ، بمعنى فض الرابطة العقدية بأثر رجعى، وهو بذلك يسعى الى التخلص من هذه الرابطة تماما، وقد عبرت المادة ١٥٧ مدنى عن** الخيار السابق صراحة بقولها... «جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه..».

وينبنى على ما سبق أن الخيار الأول هو للدائن الذي يطالب بالتنفيذ أو بالفسخ، وهو خيار مخول للدائن الذى يتضرر من عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، وبالتالى فمن البدهى أن خيار الفسخ لا يجوز للمدين الذي يتقاعس عن التنفيذ، اذ لا يصح ان يتخذ هذا المدين من تقاعسه سبيلا الي التخلص من

الرابطة العقدية. أما من له حق الفسخ فله ان يتمسك به ابتداء[١]، أو ان يتمسك بالتنفيذ العينى ابتداء، كما ان له ان يعدل عن احد الطلبين الى الآخر، ولكن لا يجوز له ان يجمع بين الفسخ والتنفيذ العينى فى طلب واحد.

ومن ناحية اخرى فان مُكْنَةَ طلب الفسخ ليست متعلقة بالنظام العام، وبالتالى يجوز النزول عنها اثناء انعقاد الخصومة بين الطرفين، كما يجوز النزول عنها مقدما، سواء من جانب احد الطرفين، أو من جانبهما فى آن واحد. كما أن للمدين ان يتوقى الفسخ، قبل صدور حكم نهائى به، بان ينفذ التزامه تنفيذا عينيا[٢].

وقد يحقق الفسخ، بالنسبة للمتعاقد، بعض المزايا التى قد تستحق الحرص عليها، ومن ذلك ان طالب الفسخ، اذا اجيب الى طلبه، يستطيع ان يسترد محل الاداء الذى اوفى به للطرف الاخر، دون ان يتعرض لمزاحمة دائنى المتعاقد الآخر، أي ان الفسخ يحقق له ما يشبه امتيازاً حقيقيا، فى حين انه لو تمسك بالتنفيذ العينى فربما تعرض لمزاحمة دائنى المتعاقد الاخر المعسر، فلا يحصل الدائن، فى هذه الحالة الا على بعض حقه، فى وقت يكون قد التزم بالوفاء بكامل التزامه، اما اذا توصل الدائن الى حكم بالفسخ فانه يستطيع ان يتفادي هذه المشكلات[٣].

---

(١) بشرط ان يكون قد اوفى بالتزامه أو على الأقل أن يعرض هذا الوفاء.

(٢) راجع : عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، منشأة المعارف، ص ٤٦.

(٣) راجع : مازو ودى جوجلار، السابق، رقم ١٠٨٧.

شروط الحكم بالفسخ وضوابطه:

أولا : شرط اعذار المدين[١] :

تطلبت المادة ١٥٧ مدنى ضرورة اعذار المدين قبل طلب التنفيذ، أو طلب الفسخ، ويتم الاعذار، كما سبقت الاشارة، بانذار المدين رسميا بالوفاء. والمقصود بالاعذار هو وضع المدين موضع التقصير، واثبات تخلفه عن الوفاء رغم مطالبته بذلك. ولا يشترط الاعذار فى الحالات التى يعفى القانون الدائن من اجرائه، وذلك عندما يصرح المدين كتابة بعزمه على عدم التنفيذ، او اذا اصبح التنفيذ غير مجد او غير ممكن بفعل المدين (م ٢٢٠مدنى)، وكذلك فى حالة الالتزامات السلبية (الالتزام بالامتناع).

والاعذار مقرر لمصلحة المدين، وبالتالى فله ان يتمسك بعدم حصوله حتى ولو كان ذلك لاول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولكن لا يجوز له اثاره هذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض[٢][٣].

---

(١) والاصل فى الاعذار أن يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه، بما يضعه موضع الاخلال بالالتزام، ولا يشترط فى الاعذار إلا التنبيه بالوفاء ولا يشترط فيه أن يتضمن انذارا بطلب الفسخ في حالة عدم الوفاء (نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض، س ١٥- ١٠٢٨، ويجوز ان تقوم صحيفة دعوى الفسخ مقام الاعذار بشرط ان تتضمن تكليف المدين بالوفاء بالتزامه، (نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض، س ٣٠-٣٨٥.

(٢) راجع : نقض ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض، س ١٥- ٦٩١.

(٣) ويلاحظ ايضا ما تنص عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع اعتبر العقد مفسوخا دون حاجة الى إعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره». ونقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٨ طعن ٤٦- س ٤٧ق.

ثانيا – الاخلال بالالتزام بخطأ أحد المتعاقدين[1]:

الفسخ هو جزاء على اخلال المتعاقد بالتزامه، وبالتالى، وكما سبقت الاشارة فلا وجه للفسخ اذا قام المدين بالتنفيذ، وهو ما يعبر عنه بالطابع الاحتياطى لدعوى الفسخ. فالدعوى الاصلية هى دعوى التنفيذ العينى. ولذلك فان للمدين ان يوقف اثر طلب الفسخ اذا قام بالتنفيذ حتى فى مرحلة الخصومة فى الاستئناف، وهو ما يؤدى الى امتناع الفسخ. ورغم ان هذا الحل قد يكون غير مرضٍ بالنسبة للدائن، الا انه يقوم على مبدأ عام، راجح فى القانون المدنى، وهو أن تنفيذ العقود خير من الغائها، وهو ما يعكس الحرص على ان تَلَمُّسَ سبل التنفيذ اولى من الاسراع نحو الفسخ. واذا بادر المدين بقطع الطريق، على النحو السابق، امام خيار الفسخ، فلن يبقى للدائن الا المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ.

ويلاحظ ان هناك عدة تحديدات تتعلق بالاخلال العقدى الذى يستوجب الفسخ.

التحديد الاول – يتعلق بالاخلال الجزئى :

فمن ناحية أولى، قد ينفذ المدين جزءً من التزاماته ويخل بالجزء الاخر. وفي هذه الحالة يعود التقدير للمحكمة، وفقا للظروف والملابسات التى احاطت بعدم التنفيذ، وفى ضوء مدى اهمية الجزء الذى لم ينفذ.

وقد اشارت الى هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدنى «.. كما يجوز للقاضى ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته». وتقدير كفاية الاسباب المؤدية إلى الفسخ او عدم

(١) يلاحظ ان هناك شرطين مبدئيين لطلب الفسخ: ١-ان يكون طالب الفسخ على استعداد، على الاقل، ان ينفذ التزامه، فاذا لم يكن قد نفذ التزامه، وليس على استعداد للتنفيذ، فلا يجوز له طلب الفسخ، ٢- ان تكون اعادة الحال الى ما كانت عليه ممكنة، فاذا استحال ذلك، لان العقد بيع ورد على منقول مثلا. وقام المشترى ببيعه وتسليمه لمشتر حسن النية، ويستحيل من ثم استرداده ورده الى البائع، فان الفسخ يصبح غير وارد.

كفايتهـا، ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو اثبـاته هو – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى اقيم على اسـباب سائغة»[١]، وقد ذهبت بـعض احكام القضاء الـفرنسى القديمة الى انه يجوز للقـاضى، في حالة الاخلال الجزئى ان يقتـصر فى حكمه على انقاص التزامات الطرف الاخر[٢]. كما أن للقاضى ان يحكم بالتعويض عن الاخلال الجزئى رغم رفض دعوى الفسخ.

ويأخـــذ حكم التنفـــيـــذ الجـــزئى اخـلال المـدين بالتـزام ثـانوى أو تابع للالتزامات الاصلية، اذ يعد ذلك اخـلالا جزئيـا. والاصل ان ذلك لا يستـتبع فسخ العـقد، وان كان قـد يقتضي التـعويض. ومع ذلك فان الاخـلال بالتزام تبعى قد يبلـغ حدا من الاهمية تبرر القـضاء بالفسخ. فبـعض هذه الالتزامات قد تتوقف عليـها المصلحة الرئيسيـة المبتغاة من وراء العقـد. ومن ذلك، مثلا، التزام البـائع بضمـان العيوب، فـرغم ان الالتزام بالضـمان التـزام تبعى الا ان الاخلال به فى صورة وجود عيب فى الشئ، قـد يؤدى الى عدم صلاحية هذا الشئ للاستـخـدام المخـصص له. وفى هذه الحـالة يكون الفـسخ هو الجـزاء العادل.

التحديد الثانى – يتعلق بكون الاخلال مؤقتا:

---

(١) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض س ٢١- ٤٥٠.

(٢) نقض عرائض فـرنسى ٢١ ديسمبر سـنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨-٢-٢٨٢، ومـحكمة باريس ١٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ جـازيت دى باليه سنة ١٩٤٣- ٢٦٠، ومـن ذلك ان تقضي المحكمة بخـفض الثمن بسـبب عدم المطابقـة الجزئيـة للبضـائع للاوصـاف المتفـق عليـها، وهـو ما يفـسره بعـض الفقه الفرنسـى بأنه نوع من التعويض يأخذ صورة المقاصة بين اداءات كل من الطـرفين: وراجع: نقض تجـارى فرنسى ٢٣ مـارس سنة ١٩٧١ دالوز ١٩٧٤- ٤٠ وتعليق التير Alter، وراجع : مازو ودى جوجلار، السابق، رقم ١٠٩٣.

ذلك ان اخـلال المدين قد لا يكون اخـلالا نهائيـا، بل هو اخلال مـؤقت يتمثـل فى تأخير فى التنفيـذ، وفى هذه الحالة لا يؤدى هذا التأخيـر بالضرورة الى فسخ العقد، والامر متـروك لتقدير القضاء، من حيث بحث ظروف المدين وملابسات تأخره فى التنفيذ، كما يدخل في الاعـتبار مدى حسن نيته أو سوء هذه النية. وفى ضوء ذلك قد يقدر القاضى أن التأخير يسير وَهَيِّن، فلا يحكم بالفسخ ويقتصر على الحكم بالتعويض ان كان له مـقتضي. وقد فتحت الفقرة الثـانيـة من المادة ١٥٧ مدنى الـباب أمـام القـاضى لكى يمنح المدين اجـلا اذا اقتـضت الظروف ذلك». وهو ما يدخل تحت بـند نظرة الميسرة، الـتى اجازها المشرع بصـفة عامـة في المادة ٣٤٦/ ٢ مدنى، في حالة تعـثر المدين مؤقـتا عن الوفاء، وبحسن نية... الخ، كما ان للقـاضي ان يلجأ الى اسلوب آخر لمواجهة التأخير، وهو القـضاء بوقف العقد ، خاصة اذا كان التـأخير يعود الى ظروف استثنائية طارئة ومـؤقته لايد للمدين فيها، كحـالة الحرب، او الاضراب العام، او الكوارث الطبـيعيـة... الخ، غير ان وقف الـعقد مـؤقتا لا يحـول، بطبيـعة الحال، بين الدائن وان يتحصن، بالنسبة لالتزاماته، بالدفع بعدم التنفيذ.

ثالثـا- ان يطلب الدائن الفـسخ من المحكمة: وخـيـار القاضي وحـدود سلطته:

ذلك أن الفـسخ الذي نحن بصـدده هو، كـمـا سـبقت الاشـارة، فـسخ قضائى، فرغم انه خيار للدائن، الا أن مصيره في نهاية المطاف معقود بما يقدره القضاء، وفق ما سـبق ذكره من ضوابط. فرغم اعتبـار ان الفسخ قضائى ، إلا أن ذلك لابد ان يكون بنـاء على طلب الدائن، إذ ليس للقـضـاء ان يتـصـدى للفسخ من تلقـاء نفسه، ويكون طلب الدائن، عادة، صـراحة، ولكنه يجوز أن

يكون ضمنيا. ومن قبيل الطلب الضمنى أن يطلب المشترى «استرداد ما عجله من الثمن وبـبـراءة ذمته من السند المحـرر بالباقى من هذا الثمن بسـبـب وجود عيب خفى جسيم في المبيع، فانه يكون قد طلب الفسخ ضمنا»[١]، والاصل أن الفسخ لا يكون الا قضائيا[٢]، في معظم الحالات، ويعود هذا الاصل الى تَوَجُّه اساسى فى القانون المدنى بالابقاء على العقـود صحيحة نافذة، وبالتالي لا يتـرك مصـيرها إلى إرادة أحـد المتـعاقـدين لينهى العـلاقة بإرادته المنفـرده. وبالتالـى كان مبـدأ أن القضـاء هو المنوط به، من حيث المبـدأ، الغاء العـقود، حيـث يُعملُ رقـابته وفق الضـوابط القانونيـة. وعلي هذا النحو يحـدد الدائن خياره، بناء على الموازنة بين مصالحه المختلفة[٣]، فى طلب التنفيذ العيني، أو طلب الفسخ، ثم يأتى فى إثره خيار القـاضي، في حالة طلب الفسخ، ليراقب ضوابط وشروط اسـتحقاق هذا الفـسخ أو عدم توافرها. فالقـاضي غير ملزم بخـيار الدائن بالفـسخ، بل أن له السلطة المتسعـة التى قررتهـا المادة ١٥٧/ ٢

(١) نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٦ مجموعة احكام النقض س ١٧ - ١٥٥٧.

(٢) وقد قضى بأن الفـسخ اذا لم يشترط فى العقد فـلا يقع الا بحكم، ولا يقع بمجرد ابداء أحد الطرفين رغبته فيـه. فاذا كان المشترى قد تخلف عن الحضور لتوقـيع عقد البيع النهائي ورفع الدعوى على البـائع طالبا الحكم له بصـحة التـعاقد مع انقـاص الثمن ثم رفع البـائع دعوى باعتبار العقد مفسوخا لعدم وفاء المشترى بالتزامه، فعدل المشترى طلباته فى دعواه الى طلب الحكم بصحة التعاقد بلا قيد ولا شرط وعرض القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقيا، فلم تر المحكمة موجبا لفسخ العقد بناءعلى طلب البائع فحكمها لا مخالفة فيه للقانون: نقض ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ س ١٣ق.

(٣) نقض ٢٥ ديسـمـبر سـنة ١٩٥٢ طعن ٣٤٩ س ٥٢٠، ان للمـشـترى عند تأخـر البـائع فى التسليم الخيار بين طلـب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التـضـمينات في الحالتين، وله ان يعدل عن احد الطلبين الى الاخـر وليس فى رفع الدعوى بأحد الطلبين نزولا عن الطلب الاخر.

مدنى. فقد يعطى المدين نظرة ميسرة لاجل أو لآجال[1] متعددة حتى يتمكن من التنفيذ العينى، وقد يرفض الفسخ ويقضى بتعويض الدائن عما لحقه من اضرار نتيجة التأخير في التنفيذ، وقد يحكم بالفسخ لتوافر شروطه ويحكم بالاضافة اليه، بتعويض الدائن عما لحق به من اضرار نتيجة لإخلال المدين بالتزامه.

وحاصل كل ما سبق ان الاصل فى الفسخ ان له طبيعة قضائية، بمعنى انه يخضع لتقدير القاضى، كجزاء للاخلال بالعقد، وان اساس ذلك هو الشرط الفاسخ الضمنى، ما دام العقد لم يتضمن شرطا باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حيث يتقيد القاضى في هذه الحالة الاخيرة بالشرط الفاسخ، وفق مستويات مختلفة فيه، كما سنعرض فى المقصد التالى. وتقرر محكمة النقض فى التفرقة بين الشرط الفاسخ الضمنى والشرط الفاسخ الصريح انه «لما كان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما، وكان الشرط الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام، اذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضي ان يمهل المدين، كما ان للمدين ان يتفادى الفسخ اذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائى».

وبالتالى فان «النص فى العقد فى البند الثانى على حلول الاقساط المتفق

---

(١) يلاحظ انه لا يجوز اعطاء أكثر من مهلة لتجنب دعوى الفسخ، اذا كانت المهلة لتجنب الحكم بالفسخ، أما اذا كانت المهلة لتمكين المدين من التنفيذ العينى فيجوز منحها أكثر من مرة: نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض س ٨- ٥١٠، وقارن نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠- ٣٢٥ و ١٦ مايو سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض س ١٩- ٩٦٢.

عليها عند التخلف عن دفع احداها في موعده مع استحقاق فائدة بواقع ٤٪ سنويا من تاريخ التخلف عن السداد، ومن ثم فلايترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين.. فان الحكم المطعون فيه اذا استند فى قضائه باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الى ما ورد في البند الثانى من العقد، يكون قد خالف الثابت بالاوراق بما يعيبه ويستوجب نقضه[١].

المقصد الثانى
انفساخ العقد بموجب الاتفاق
(الشرط الفاسخ Clause resolutoire)

اذا لم ينظم العاقدان طريقا اتفاقيا للفسخ بضوابط مشروطة فان الاصل، كما سبقت الاشارة، أن الفسخ لا يكون الا قضائيا استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى. غير ان المتعاقدين قد يدرجا فى العقد بندا ينظما فيه فسخ العقد فى حالة الاخلال بالالتزامات من جانب اى من الطرفين أو من جانب احدها. وقد اجازت المادة ١٥٨ مدنى مثل هذا الاتفاق بنصها على انه «يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار، الا اذا

(١) نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠ طعن ١٦١ س ٣٦ق. ويجب على المحكمة عند قضائها بالفسخ ان تبين ما اذا كان المراد من التمسك بالفسخ هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمنى، وذلك عندما يثار أمامها نزاع في هذا الشأن والا كان حكمها معيبا بالقصور فى التسبيب: نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد ١٣٤-٨٥٣.. كما أن قصر الفسخ الصريح في الاتفاق على بعض الالتزامات دون غيرها لا يعنى تنازل الدائن عن التمسك بالفسخ الضمنى بالنسبة لغيرها من الالتزامات : نقض ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد- ١٣٦-٨٥٤.

اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه».

ويعتبر إدراج هذا الشرط الفاسخ من اكثر الشروط استخداما فى العقود التبادلية من الناحيتين العملية والقانونية. وترجع أهميته العملية إلى انه يغنى الدائن عن الالتجاء الى القضاء من ناحية، كما يطمئنه الي حدوث الفسخ تلقائيا دون ان تكون للقاضى أية سلطة تقديرية فى إعماله، اذا توافرت شروطه(١).

وأخيرا فان الشرط الفاسخ يقطع الطريق امام المدين، الذى أخل بالتزامه، من ان يعرض تنفيذا متأخراً، اذ أن هذا العرض لا يجدى مع التقنية التلقائية للشرط الفاسخ.

ولذلك فان إيداع الثمن أو عرضه بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح لا يجدى المشترى فى شئ اذ أن ذلك لا يعيد الحياة للعقد بعد انفساخه تلقائيا بمجرد حدوث الاخلال(٢).

صيغة الاتفاق على الشرط الفاسخ:

ليس لبند الشرط الفاسخ صيغة محددة، ولا يشترط ان يكتب بالفاظ بذاتها(١)، ولكن المهم هو ان تنطق الصياغة بالمضمون المطلوب، وهو انفساخ

---

(١) نقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٨١ طعن ٣٨٨ س ٤٨ق، مع ملاحظة انه اذا تخلفت شروط الفسخ التلقائى فليس هناك ما يمنع الدائن من التمسك بالفسخ القضائى: نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠ طعن ١٦١ س ٣٦ق.

(٢) نقض ١١ مايو سنة ١٩٩٤ مجموعة احكام النقض س ٤٥-١-٨١٨ حيث قضى بانه متى كان المتعاقدان قد اتفقا فى عقد البيع على ان يكون عقد البيع مفسوخا في حالة تأخير المشترى عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار أو حكم من القضاء فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى، ولا يلزم ان يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من إعمال اثره أن يكون لصاحبة الخيار بينه وبين التنفيذ العينى اذ يبقى له دائما الخيار بين إعمال اثره وبين المطالبة بالتنفيذ العينى، وأن الفسخ متى وقع فان عرض باقى الثمن ليس من شأنه ان يعيد العقد بعد انفساخه.

العقد بمجرد حدوث الاخلال بالالتزام. وبالتالى يعتبر اتفاقا على الفسخ الصريح ما يرد فى العقد من ان اثار الفسخ تترتب بمجرد المخالفة دون حاجة الى تنبيه او انذار، ورغم أن الانفساخ التلقائى لم يرد، فى هذا المثال، بلفظه[٢].

أما إذا كان اتفاق الطرفين هو مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى، بما لا يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه، فان الفسخ يضحى قضائياً فحسب، وفق النمط السابق عرضه في المقصد السابق، وتطبيقا لهذا المعنى، لا يعد شرطا **فاسخا صريحا الاتفاق على اعتبار العقد لاغيا**[٣] **اذا أخل المتعاقد بالتزامه، وكذلك الاتفاق على أنه في حالة تأخير المشترى عن سداد القسط الاول يحق للبائع فسخ العقد، ويكون ما دفعه المشترى حقا مكتسبا له**[٤]**، ففي مثل هاتين** الحالتين لا يعدو الشرط ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى، الذي يخضع تطبيقه لسلطة القاضي التقديرية، ولذلك فانه يلزم في الشرط الفاسخ **الصريح، الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقرير الحكم بالفسخ، ان تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتما من تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له**[٥].

---

(١) نقض ١٨ نوفمبر ١٩٨١، السابق و ٢٩ نوفمبر ١٩٨١، طعن ٣٨٨- س ٤٨ق.

(٢) نقض ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر جزء ٥ ص ١٩٨.

(٣) نقض ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض س ١- ١٧٧، و ٩ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض، س ٢٤- ٢٩.

(٤) نقض ٩ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض س ٢٩- ٤٩.

(٥) نقض ١٣ مايو سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض س ٤٤-٢- ص ٣٩٥، حيث قضى بانه يتعين ان تكون صيغة هذا الاتفاق (الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ) صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه او انذار.. ولا يغير من ذلك سداد الاجرة بعد استحقاقها.

والاصل هو التشدد فى استظهار الشرط الفاسخ الصريح، وذلك على اساس أن اثره بالغ الخطورة فى حل الرابطة العقدية باثر رجعى دون سلطة تقديرية للقاضي فى شأن إعماله عند توافر شروطه. فاذا توافرت هذه الشروط فلا خيار للقاضي فى شأنه، ويجب عليه ان يحكم به، وحكمه فى هذه الحالة، ليس منشئا للفسخ، بل هو مجرد كاشف عنه. وهو عكس الحال في الفسخ القضائى عملا بالمادة ١٥٧ مدنى، حيث يكون للقاضى سلطة تقديريه، وحيث يكون حكمه، عندما يقضى بالفسخ، منشئا للفسخ وليس كاشفا عنه[١]. ولذلك فان إعمال الشرط الفاسخ الصريح يؤدى الى انتاجه لاثره بمجرد تحقق المخالفة التى تستوجب تطبيقه. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط، دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ»[٢]. ويجوز للمحكمة ، بالتالى، ان تقرر «بأنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع اثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى»[٣].

وأخير فان على من يتمسك بالشرط الفاسخ الصريح ان يقيم الدليل عليه، وبالتالى «فلا محل للنعى على الحكم بمخالفة القانون بحجة انه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد اذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة، متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما اذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها في تقدير

---

(١) نقض ٣ يونيو سنة ١٩٦٩. مجموعة احكام النقض س ٢٠- ١١١٨.
(٢) نقض ١٢ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س ٢٢- ٥٦٨.
(٣) نقض ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد - ١٢٨- ٨٥٢.

طلب الفسخ او يحول بين البائعة وامكانها الوفاء او عرض الوفاء بعد رفع دعوى الفسخ»[1].

المستويات المختلفة لصياغة الشرط الصريح الفاسخ:

المستوى الاول من الشرط الفاسخ : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا تلقائيا : قد يتفق المتعاقدان على أن العقد يَنفَسِخُ من تلقاء نفسه عند اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، ويعتبر ذلك شرطا فاسخا صريحا، يتعين على القضاء أن يحكم بمقتضاه إذا توافرت شروط تطبيقه. أي ان القاضى ليس له سلطة تقديريه فى شأن الاخذ به، اذا طلب الدائن ذلك.

ويعتبر حكم القضاء فى حالة النطق بالانفساخ حكما كاشفا وليس منشئا للفسخ، ومعنى ذلك أن القاضى لا يملك الخيار الذى يملكه فى حالة الشرط الفاسخ الضمنى والسابق عرضه، كما لا يملك القاضي منح المدين مهلة للوفاء، لان هذه المهلة لا تجوز الا حين يكون للقاضي الخيار بين الحكم بالفسخ او رفضه، فى ذلك تقرر محكمة النقض ان المحكمة متى انتهت الي **وجود شرط فاسخ صريح فانها تكون قد سلبت نفسها كل سلطة تقديريه فى صدد الفسخ، باعتبار ان الفسخ حصل فعلا، الا ان تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له.. فاذا تحققت من ذلك ، قضت بالفسخ، دون ان تعطى**

---

(١) نقض ١٠ ابريل سنة ١٩٥٢ - مجموعة القواعد- ١٣٩- ٨٥٤، ويتعين بطبيعة الحال ان يتمسك الدائن بالشرط الفاسخ، فهو مقرر لمصلحته- دون الطرف الاخر- فاذا تبين ان «الطاعنين» لم يقدموا ما يدل على سبق تمسكهم بإعمال الشرط الصريح الفاسخ فان ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه بذلك يكون على غير اساس» نقض ٣١/ مايو/ ١٩٨٣ **طعن ١٣٥٧ س ٤٩ ق ولذلك فان الدائن صاحب المصلحة هو الذى له ان يتمسك بالشرط الفاسخ الصريح او ان يعرض عنه متمسكا بالتنفيذ.. وليس للقاضي ان يعرض لإعماله من تلقاء نفسه، وراجع : نزيه المهدي، السابق، عبد الرشيد مأمون، السابق.**

للمدين مهلة، اثناء نظر الدعوى، للوفاء بالتزامه[١].

غير ان ورود الشرط، فى الحدود السابقة، لا يعفى الدائن من اعذار المدين بالوفاء وانتظار المهلة التى حددها الاعذار، وما دام ان الاتفاق لم يتضمن اعفاء من ضرورة الاعذار. واذا تم الاعذار، بتكليف المدين بالوفاء. انفتح امام الدائن خيار طلب الفسخ. ولا يعد الاعذار بالوفاء اسقاطا للحق فى طلب الفسخ، بل هو، أى الاعذار، مقدمه لازمة تطلبها القانون قبل طلب الفسخ[٢]، فاذا لم يجدى الاعذار مع المدين، كان إنفاذ الفسخ التلقائى حتميا ووجوبيا على القاضي[٣].

المستوى الثانى : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار: وفى هذه الحالة لا يلزم للتمسك بانفساخ العقد، ان يسبقه اعذار من الدائن للمدين، فلزوم الاعذار امر مقرر لمصلحة المدين. فاذا تنازل عنه بموجب بند فى الاتفاق، فان مؤدى ذلك عدم اشتراط سبق اعذاره بالوفاء، وفى ذلك تقرر المادة ١٥٨ مدنى، بعد اجازة الاتفاق على الشرط الفاسخ

---

(١) نقض ١٠/١٢/١٩٦٨ س ٩ - ١٥٠٤، وراجع : محمد منصور، دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف.

(٢) وقد قضي، فى ظل القانون المدنى القديم، بانه اذا كانت المادة ٣٣٤ من القانون المدنى تقضى انه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى ايقاع الفسخ علي المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد اعذاره بانذار، ما لم يُعفَى البائع بمقتضى العقدمن هذا الاعذار- ومفهوم هذا، بلا شبهه، ان البائع يجب عليه، اذا اختار الفسخ، ان يعذر المشترى بانذاره، أى يكلفه بالوفاء، فاذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ، واذن فباطل زعم المشترى ان الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزامه فى مدى اسبوع، وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، يجب اعتباره تنازلا من البائع، فان هذا الانذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح: نقض ٢٣، ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد- ١٣٣-٨٥٣.

(٣) راجع : لاحقا تعقيب للمؤلف حول مدى اعتبار صيغة هذا المستوى الأول شرطا صريحا فاسخاً.

الصـريح...، «وهذا الاتفـاق لا يعفـى من الاعذار الا اذا اتفق صـراحـة علي الاعفاء منه».

وتبدو أهميـة شرط الاعفاء من الاعذار في انه اذا لم يرد في العـقد، فان الفسـخ لا يقع تلقائيـا، ويظل للمدين خـيار الوفـاء بالتنفيـذ العينى، فـما دام الدائن لم يعذر المدين، فان مـفاد ذلك عدم اختيار طريق الفـسخ. اما اذا اعذر الدائن مـدينه، فـان لهـذا الاخـيـر فرصـة الوفـاء خـلال الاجل الذى يحـدده الاعذار، فان لم يفـعل ورفعت دعوى الفسخ، فـقد فات أوان التنفيـذ العينى عليه باستمراره فى الامتناع عن هذا التنفيذ.

وينتج الشـرط الفاسخ اثره التلقـائى منذ تحقق سـببـه (وهو عدم التنفـيذ خلال مدة الاعـذار) ولا يملك القاضى اية سلطة تقديرية فى هـذا الخصوص. وحاصل كل ذلك ان الاعذار- عند عدم الاعفـاء منه- هو تعبير عن ان طريق الخيار مازال مفتوحا للمدين بين التنفيذ العينى او تحمل تبعه الانفساخ.

وتبدو من كل ذلك اهمية ان يتضمن الشرط الفاسخ بندا اضافيا بالاعفاء من الاعذار. فهـذا الاعفاء يؤدى الى وقوع الانفـساخ، بتحقق سـببه، دون اى مهلة خيار للمدين.

المستوى الثالث: الاتفاق على اعتبار العـقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجـة إلى اعذار أو حكم قـضائى. وتمثل هذه الصيـغة اقوى الصيغ واكـثرها احكاما في التعـبير على قوة الشرط الصريح الفـاسخ. ومفادها الواضح انه لا حاجة، لوقوع الفـسخ، الى اى اعذار او الى صدور حكم من المحكمة. اذ يقع بقوة شريعه الاتفاق بمجرد حدوث الاخلال المرتبط به، وبالتالى يستطيع الدائن ان يعتبر العقد غير قائم بمجرد اخلال المدين بالتزامه، دون حاجة - نظريا- الى

ان يلجأ الى ساحـات القضاء، واذا لجأ الدائن الى المحكمـة فانما لكى يكشف عن عدم وجـود العقد وزوالـه بالانفساخ بحكم كـاشف له، حتى يحسم امر زوال العقد ويقضى على ايه شبهة في هذا الخصوص. وفى ذلك تقرر محكمة النقض أن «الاتفاق على أن يكون العقد مفسـوخا من تلقاء نفسـه دون حاجة إلى تنبيـه أو انذار أو حكم من القضاء، عند عـدم الوفاء بالالتزامات الناشـئة عنه، يترتب عليه الفسخ حتمـا نفاذا للاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضي خيار فى أمره، ويتحقق الفسخ دون حاجة الى التقاضي، ما لم ينازع المدين فى وقوع موجـب الفسخ.. وتقف مهمة القـاضى، فى هذه الحالة، عند حـدود التحـقق من عدم الوفـاء بالالتزامـات ليقـرر اعتـبار الفـسخ حاصـلا فعلا[1].

تعقيب على حالات الفسخ التلقائى بموجب الشرط الصريح الفاسخ:

يعتبر انفساخ العقد بموجب الشرط الصريح الفاسخ خروجا على الاصل العام الذى يسـتوجب ان يكون تقدير الأمـر فى يد القضاء. فالشـرط الصريح الفاسح ينزع من يد القاضى سلطته التقديرية فى إعمال الفسخ أو عدم إعماله مـادامت موجبـات الشـرط الصريـح قد توافـرت، لذلك فـاننا نبـدى بعض التحفظات فى شأنه :

التحفظ الأول : أن على المحكمة أن تستخلص نيه المتعاقدين بوضوح من صياغـات الاتفاق وبنوده المختلفـة، وأى شك يجب ان يحمل على أن الارادة متجهة إلى الشرط الفاسخ الضمنى وليس الشرط الصريح.

(١) نقض ٣١ مايو سنة ١٩٨٣ طعن رقـم ١٩١٢ س ٤٩ق و ١٣/ مايو سنة ١٩٩٣ مجمـوعة احكام النقض، س ٤٤- ٣٩٥، و ١٤ أبريل سنة ١٩٩٣ مجـموعة أحكام النقض، س ٤٤- ١١٧.

ومن ذلك مـا قـضى به من أن النص فى عـقـد الصلح على أنه اذا تأخـر المدين فى الوفاء بقسط من اقساط الدين حلت باقى الاقساط فورا دون تنبيه او انذار رسمى او غيـر رسمى، فضلا عن اعـتبار الصلح كأن لم يكن واسـتعادة الدائن حقه بالدين المحكوم به باكمله... هذا الاتفاق يـفيد سقوط أجل الوفاء بالأقسـاط بغير حاجـة إلى تنبيه أو انذار عند التـأخر فى دفع قسط منهـا.. أما النص على اعـتبـار الصلح كـأن لم يكن فـليس إلا ترديدا للشـرط الفـاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين[1].. وكذلك الحال فى النص على فسخ العقـد فى حالة تأخير المدين فى سداد القسـط الأول واعتبار مـا دفعـه المشتـرى حـقا للبـائع، هذا الشـرط ترديد للشـرط الفاسخ الضـمنى ايضا[2].

٢ - ان مجرد النص في العـقد على أن ينفسخ العقد من تلقـاء نفسه فى حالة الاخلال بالالتزام لا يعتبر - في تقـديرنا - شرطا صريحا فاسخا، بل هو شرط فاسخ ضمنى، ما دامت صياغته قـد اقتصرت على تعبير الفسخ التلقائى دون أية اضافـة. وهو ما يتفق مع نص المادة ١٥٨ مـدنى والتى أوردت الشرط الصريح الفـاسخ فى إطار الاتفاق على ان «يعـتبر العـقد مـفسوخـا من تلقاء نفسه **دون حاجة إلى حكـم قضائى** عند عدم الوفاء بالالتـزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه». وهو مـا يعـود بنا الى ضرورة الـتشـدد فى اسـتظهار الـشرط الصـريح، خاصة وان إعماله من الناحية العمليـة يلحق بالمدين ضررا فادحا، فى كثير من

---

(١) نقض ٢ أبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض، س ١٨ - ٨٥٩.

(٢) نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٨٢. طعن ١٠٠٦ س ٥٠ ق.

الأحيان، خاصة بالمسارعة بالتمسك بالشرط الصريح الفاسخ، اغتناما للفرصة، وعزوفا عن التنفيذ العينى، الذى قد يكون ممكنا ومتاحا.

االتحفظ الثانى : اننا نرى أن الشرط الفاسخ الصريح يرد فى ثلاثة حالات فقط، هى حالة الاتفاق على انفساخ العقد دون حاجة الى تدخل قضائى، والحالة التى يجمع فيها الشرط بين عدم تطلب الانذار وعدم تطلب الحكم القضائى (وهى اقصى صورة للفسخ التلقائى) وحالة الفسخ التلقائى دون انذار. أما مجرد تعبير ينفسخ تلقائيا، أو يعد لاغيا أو كأن لم يكن، فانها تؤول الى الشرط الفاسخ الضمنى، مادام ان الاتفاق لم يتضمن اعفاء من الاعذار أو من الالتجاء الى القضاء، لان هذا الاعفاء، بصورتيه، هو الذى يقطع- فى رأينا - بنيه الطرفين فى الفسخ الاتفاقى، على نحو لا يحتمل شكا، وفى ضوء ضرورة التفسير الضيق للشرط الصريح الفاسخ، فاذا خلا الاتفاق من الاعفاء من الاعذار أو من التدخل القضائى، فانه يظل حبيس الشرط الفاسخ الضمنى.

التحفظ الثالث : ان القاضي وان كانت سلطته التقديرية قد سلبت منه فى شأن إعمال الشرط الفاسخ الصريح. فان سلطته تظل قائمة فى التحقق من توافر شروط هذا الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارات العقد، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله، فان تبين ان الدائن قد اسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد، او كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ الالتزام، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، وجب عليه التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى، ولا يبقى للدائن

سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى. (نقض ٩ إبريل ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س ٢٦ ص ٧٨٧).

ومن التطبيقات الرائدة لقضاء محكمتنا العليا أنه اذا كان الاصل ان يكون الوفاء بالدين فى محل المدين، فان النص في عقد البيع على الشرط الفاسخ الصريح عند تخلف المشترى عن سداد باقى الثمن، مع عدم اشتراط الوفاء بالثمن في موطن البائع، فان مؤدى ذلك ان قعود البائع عن السعى الي موطن المشترى لاقتضاء الثمن لا يترتب عليه فسخ العقد بموجب هذا الشرط، فاذا تمسك المدين بعدم تحقق الشرط الصريح الفاسخ لان البائع لم يسع اليه فى موطنه للمطالبة بباقى الثمن فى موعده، فان اغفال الحكم الرد على هذا الدفاع وقضاؤه بالفسخ لتحقق الشرط الصريح الفاسخ يعد خطأ وقصوراً[(١)].

ونعتقد ان هذا المفهوم يتعين الالتزام به فى كل حالة يكون الوفاء بالالتزام متوقفا علي اجراء يقوم به الدائن وتخلف عن ذلك، كما لو كان الوفاء مثلا متوقفا على ان يتسلم المدين شيكات سبق ان سلمها للدائن على سبيل الضمان، تأمينا للوفاء بكل قسط من الدين، كما يطبق هذا الحكم ايضا فى أية حالة يكون عدم التنفيذ راجعا الى خطأ الدائن أو تقاعسه عن عمل واجب عليه ويلزم لاستيفاء الدين، أو رفضه أو تعسفه استيفاء الالتزام رغم عرض الوفاء عليه عرضاً صحيحاً[(٢)].

وأخيرا فان الشرط الصريح الفاسخ لا ينتج اثره فى كل حالة يكون

---

(١) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٩٤، مجموعة احكام النقض س ٤٥ . العدد الاول، ١٥١، ونقض ٢١ ديسمبر ١٩٧٨ طعن ١٥٤ س ٤٨ق.

(٢) راجع : محمد حسين منصور، السابق، ص ١٢٠ و ١٢١، كأن يزود الدائن مدينة بمعلومات خاطئة توقعه فى الاخلال بالالتزام، أو أن يرفض التعاون فى اجراء يلزم فيه التعاون فى التنفيذ كالتعاون فى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في الشهر العقارى.... الخ .

امتناع المدين عن الوفاء امتناعا مشروعا، كما لو كان المدين يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لاجبار الدائن على الوفاء بالتزاماته المقابلة.

التنازل عن الشرط الصريح الفاسخ :

١ - الشرط الصريح مقرر لمصلحة الدائن، له إن شاء أن يتمسك به أو أن ينزل عنه، وهو بالخيار بين أن يطلب التنفيذ أو ان يطلب الفسخ، أو أن يعدل عن احدها الى الآخر، كما سبق أن اشرنا، كما ان الدائن قد يسقط حقه في التمسك بالشرط الفاسخ.

يجوز التنازل عن هذا الشرط مقدما، كما يجوز التنازل عنه اثناء سير خصومه قضائية، والتنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وفقا للقواعد العامة فى التعبير عن الإرادة. واذا سكت صاحب المصلحة عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح فان ذلك يعد نزولا عنه، اذ انه لا يجوز للمحكمة ان تتصدى لتطبيق الشرط من تلقاء نفسها، ولذلك لا يجوز النعى على حكم محكمة الموضوع، أمام محكمة النقض، بانها لم تطبق الشرط الصريح الفاسخ مادام الطاعن لم يقدم ما يثبت انه سبق له التمسك به. ولكن مجرد التراخي في رفع الدعوى لا يعد تنازلا عن الشرط الفاسخ مادام الثابت ان الدعوى قد اقيمت بطلب الفسخ دون التنفيذ العينى[1].

ويلاحظ ان المدين الذى يتمسك بتنازل الدائن عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ باختياره (أى الدائن) تنفيذ العقد، وانذار المدين باعادة الحال

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٢ طعن ٦٨٦ س ٤٩ ق، و ٣١ مايو سنة ١٩٨٣ طعن ١٢٥٧ س ٤٩ ق و ١٧ اكتوبر سنة ١٩٨٥ طعن ٤٠٥ سص ٥٤ق. وراجع ما قضي به من أن تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بتنازل المطعون ضدها عن حقها في استعمال الشرط الصريح الفاسخ الذي تضمنه عقد البيع سند الدعوى بقبولها سداده جزء من الثمن دون تحفظ فى تاريخ لاحق للحكم الابتدائى القاضى بالفسخ هو دفاع جوهرى لا يجوز اغفاله، نقض ١٤ أبريل سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض، س ٤٤- ٢- ١١٧.

الى ما كانت عليه دون تمسك بالفسخ.. هذا الدفاع بالتنازل يعد دفاعا جوهريا، ولذلك فان الحكم الذي يقضى بتطبيق الشرط الفاسخ دون ان يعرض لهذا الدفاع يعتبر مشوبا بالقصور ومخالفة القانون[(١)].

٢ - كما يعد نزولا عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ **قبول الدائن للوفاء الجزئى فى وقت لاحق لطلب الفسخ** أو بعد القضاء به ابتدائياً، وفى ذلك قضى بأن على محكمة الموضوع ان تعرض للطلبات الجازمة واوجه الدفاع التى يتغير بها وجه الرأى في الدعوى، وأن الطاعنة اذا كانت قد تمسكت امام محكمة الاستئناف بتنازل المحكوم ضدها عن حقها فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ الذي تضمنه عقد البيع سند الدعوى **بقبولها سداد جزء متأخر من الثمن دون تحفظ فى تاريخ لاحق** للحكم الابتدائى القاضى بالفسخ، فان ذلك يعتبر دفاعا جوهريا واغفاله يصم الحكم بالقصور[(٢)].

ولكن يلاحظ ان استخلاص هذا التنازل لا يجوز في حالة ما اذا كانت اجزاء

---

(١) نقض ٢٤ يوميو سنة ١٩٩٧ طعن رقم ٢٣٧٢ س ٦٦ق، حيث قضى بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك بمذكرته في ٢٦/ ١٠/ ١٩٩٤ امام محكمة الموضوع بأن الهيئة المطعون ضدها تنازلت تنازلا ضمنيا عن الشرط الصريح الفاسخ بطلبها عن طريق انذارين اعادة الحال الى ما كانت عليه دون التمسك بالشرط الصريح الفاسخ فانها بذلك اختارت تنفيذ العقد دون فسخه، وقد طلبت ندب خبير لتحديد قيمة اقساط ثمن الوحدة السكنية محل النزاع لتوقى الفسخ وكان الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى قد اعمل الشرط الصريح الفاسخ دون ان يعرض للظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على نحو ما تقدم للتدليل على نزول الهيئة عن التمسك بالشرط رغم انه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسبيب.

(٢) نقض ١٤ أبريل سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض س ٤٤- ١١٧. وبهذه المناسبة فان طلب الاجرة التى ترتب الفسخ على التأخير فى دفعها لا يفيد التنازل عن الحكم الصادر بالاخلاء. اذ لا تعارض بين التمسك بتنفيذ هذا الحكم والمطالبة بتلك الاجرة لان التنازل الضمنى لا يثبت بطريق الاستنتاج، الا من افعال لا يشك فى آنه قصد بها التنازل عنه، وليس فى المطالبة بالاجرة ما يدل على ذلك وليس فيها كذلك ما نا يدل على موافقه ضمنية، من جانب المؤجر على تجديد الاجارة بعد انتهائها: نقض ٢٠ فبراير سنة ١٩٨٦ طعن ١١٦٩ س ٥١ ق و١١ يناير ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨- ٢١٧ ، ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد- ٨٥٣.

الدين مستقله بعضها عن البعض الآخر، كما هو الحال فى دين الاجرة فى عقد الايجار، حيث يتجدد الالتزام بدفعها عن كل وحدة زمنية، وبالتالى فان قبول الاجرة متأخرة عن موعدها عن فترة معينة لا يعد تنازلا عن الشرط الصريح الفاسخ عن التأخر اللاحق عن مدد اخرى لاحقه.

فالشرط الصريح الفاسخ لا يستهلك بعدم استخدامه (فى فرض عقد الايجار) ولو تحققت شروط إعماله، فعدم تمسك المدين بإعمال الشرط عن اخلال المدين بأحد التزاماته لا يمنعه من التمسك به عند الاخلال من جديد بنفس الالتزام أو بالتزام اخر»[(١)].

– وأخيرا يلاحظ أنه اذا كان قبول التنفيذ المتأخر[(٢)] يعتبر، فى ضوء ظروفه وملابساته، تنازلا عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ، فان المطالبة المتأخرة، لاتعد، كما سبق القول، نزولا عن التمسك به.

وفي جميع الفروض فان التنازل الضمنى لا يثبت بطريق الاستنتاج بل لابد من أفعال وملابسات تنبئ عن قصد التنازل دون شك فيه، ولا يجوز القول به فى أية حاله يكون فيها الدائن قد قام بإجراء أو تصرف قاطع فى تمسكه بتنفيذ العقد رغم اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته.

(١) حسين منصور، السابق، ص ١٠٣٦ و ١٠٩، ولكن يلاحظ، فى عقد الايجار، ان مطالبه المؤجر بما هو مستحق فى ذمته من اجرة لم يسددها لا يعد تنازلا عن حكم الاخلاء الصادر لمصلحته، عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٣٥١.

(٢) راجع: نقض ٢٢ يونيو سنة ١٩٩٤ مجموعة احكام النقض س ٣٤٥- ١٠٩٣ حيث قضى بأنه اذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فانه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقق الشرط الواجب لسريانه، فان كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين ان البائع اسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد اقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فان تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا ولا يبقى له – عند التأخير فى سداد ما تبقى من اقساط الثمن – سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى، ويكون الفسخ فى هذه الحالة خاضعا لتقدير المحكمة ويشترط للقضاء به ان يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى.

إمتناع تنطبيق الشرط الصريح الفاسخ بناء على حكم القانون - قانون ايجار الاماكن:

تؤدى الطبيعة التلقائية لانفساخ العقد فى حالة الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً دون انذار أو حكم قضائى، إلى إعتبار المستأجر، غاصبا، إذ زال سند بقائه فى العين المؤجرة تلقائيا بحكم اثر الشرط المذكور. ولهذا السبب يختص القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة، وهو ما ينطبق عادة على حالة إخلال المستأجر بالتزامه بالوفاء بالاجرة المستحقة عليه.

غير أن الحماية القانونية لعقود ايجار الاماكن المبنية، والخاضعة للقوانين الخاصة (والتى توصف احيانا بالاستثنائية)[١]، والتى لا تخضع بالتالى للقانون المدنى[٢]، قد اقتضت فرض حماية مشددة لحماية المستأجر من الطرد الذى يستند الى الشرط الصريح الفاسخ.

وقد اقتضت هذه الحماية عدم الإعتداد بالشرط الصريح الفاسخ. ويتمثل عدم الاعتداد فيما يلى :

١ -لابد من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة المتأخرة، تكليفاً صحيحا، بالاجرة بقدرها الصحيح، دون اى تجاوز، والا كانت دعوى الاخلاء، والطرد غير مقبوله (م ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧). وبالتالى فانه لا قيمة لاى شرط بالاعفاء من الاعذار[٣].

---

(١) القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

(٢) أما العقود الخاضعة للقانون المدنى، سواء لانها مستثناه من الخضوع للقوانين الخاصة (كإيجار الارض الفضاء)، سواء لانها أبرمت بعد العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذى اعاد العقود، التى تبرم بعد العمل به (بدء من ٣١/ ١/ ١٩٩٦) عن الاماكن التى لم يسبق تأجيرها أو التى انتهت عقودها قبل العمل به، الى الخضوع للقانون المدنى، وحرية التعاقد.

(٣) راجع : حمدى عبد الرحمن، شرح قوانين ايجار الاماكن، ١٩٨٢ معاد طبعة ١٩٩٢/ ١٩٩٣، ص ٢٩٦.

٢ - انه يجوز للمستأجر ان يتوقى الطرد، فى حالة صدور حكم من القضاء المستعجل، بالوفاء بالاجرة حتى لحظة تنفيذ حكم الطرد، كما يجوز له ان يتوقى الاخلاء امام القضاء العادى، اذا أوفى بالاجرة حتى اقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف (م ١٨ب من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١) (والوفاء يشمل الاجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية).

ويعنى كل ذلك أن الشرط الصريح الفاسخ، اذا تضمنه عقد ايجار خاضع للقوانين الخاصة، فانه يعتبر قانونا غير ذى اثر ويتعين الالتزام بالضوابط القانونية السابقة دون غيرها[1] من الشروط الاتفاقية، لتعلق الامر بالنظام العام.

ويطبق المعنى السابق فى كل حالة يتدخل المشرع ليوقف اثر أى شرط اتفاقى لمخالفته لقاعدة تتعلق بالنظام العام، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٨/ د من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والتى تجيز اخلاء المكان المؤجر **إذا ثبت بحكم قضائى نهائى** ان المستأجر استعمل المكان المؤجر او سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضاره بسلامة المبنى او الصحة العامة أو فى اغراض منافية للآداب العامة. وواضح من ذلك انه لا قيمة لأى شرط صريح فاسخ يتعلق بفسخ الايجار لإساءة الإستعمال، وان العبرة هى فقط بصدور حكم قضائى نهائى بثبوت الاستعمال الضار حتى تقبل دعوى الاخلاء بناء على هذا الحكم.

(١) حمدى عبد الرحمن، السابق، ص ٩٥، وما بعدها، مع ملاحظة ما نصت عليه المادة ٣١/أ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ١٨ من القانون ١٣٦/ ١٩٨١ من انه اذا تكرر امتناع المستأجر عن الوفاء بالاجرة جاز للمحكمة أن تحكم بالاخلاء، والتكرار لا يعتد به الا اذا كان بدعاوى قضائية مقبولة، أى سبقها تكليف صحيح، وتوقى فيها المستأجر الفسخ بالوفاء فى المرة الأولى.

المقصد الثالث

انفساخ العقد بقوة القانون

ينفسخ العقد بقوة القانون فى حالات متعددة، اذ لا يستقيم فيها بقاء العقد من الناحية المنطقية وبالتالى من الناحية القانونية.

* وقد ينص القانون على حالة محددة بذاتها للانفساج بقوه القانون، كما هو الحال فى بيع العروض والواردة في المادة ٤٦١ مدنى، والسابق الاشارة اليها، حيث ينفسخ العقد دون حاجة الى اعذار أو دعوى، اذا كان البيع قد تضمن تحديداً لميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع، واختار البائع هذا الفسخ لعدم استيفاء الثمن في موعده.

* وقد ينفسخ العقد تلقائيا، فى ظروف خاصة، يكون فيها احد الطرفين قد ارتكب عملا يؤدى فوات الغرض من التعاقد بصفة نهائية، ومن ذلك ما قضى به فى فرنسا من انفساخ عقد مشاهدة إحدى المسرحيات بسبب اخراج المشاهد فى بداية العرض، بالقوة، لاخلاله إخلالا جسيما بالنظام، وقد صيغت هذه الحالة قولا بأن العقد ينفسخ إذا كان احد المتعاقدين قد لحق به ضرر نهائي لا يمكن اصلاحه[١].

---

(١) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٩٤١ سيرى، ١٩٤١-١-٦٠، كما قضى بانفساخ العقد، اذا كان قائما على اعتبار الثقة البحته، واخل المتعاقد بهذه الثقة على نحو لا يمكن معه الاستمرار في التعاقد، كما فى انهاء عقد الخدمة المنزلية لقيام الخادم بارتكاب جريمة السرقة، حيث لا يتصور الاحتفاظ بهذا العامل لدى صاحب العمل، دائرة العرائض الفرنسية ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٢-١-٤١، وقد ايد الحكم محكمة الاستئناف فيما قضت به من رفض دعوى الانهاء التعسفى. ولكن يلاحظ فى المثالين المذكورين (في المتن وفي هذا الهامش) ان الامر هو امر انهاء للعقد وليس فسخا بالمعنى الصحيح، والانهاء يكون عن المستقبل فى حين ان للفسخ اثرا رجعيا.

حالات انفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ :

نصت المادة ١٥٩ مدنى على انه «فى العقود الملزمة للجانبين، اذا انقضي التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه». ونصت المادة ٢١٥ مدنى على انه «اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه». ونصت المادة ٣٧٣ مدنى «ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لايد له فيه».

وواضح ان هذه النصوص الثلاث السابقة تقرر مبدأ بدهيا، وهو ان الالتزام يسقط بسبب استحالة تنفيذه، وبالتالى ينفسخ العقد تلقائيا وبقوة القانون، يستوى فى ذلك أن تعود الاستحالة لسبب اجنب، أو الا تعود لذلك. فالاستحالة بذاتها تؤدى إلى الانفساخ بحكم الضرورة المنطقية والقانونية[1]، أما ما يترتب من حيث المسئولية عما ينشأ عنه من اضرار، فهو الامر الذى يختلف حكمه باختلاف ما اذا كانت الاستحالة تعود الى سبب اجنبى أو لا تعود اليه، فضلا عن أن أمر الانفساخ يثير مسألة تحمل تبعة هلاك محل الالتزام، اذا كان الهلاك بسبب أجنبى.

الاستحالة بسبب أجنبى :

ينفسخ العقد تلقائيا فى حالة استحالة التنفيذ بسبب أجنبى لايد للمدين

---

(١) يلاحظ ان القوة القاهرة التى تمثل مانعا مؤقتا من التنفيذ لا تؤدى الى انفساخ العقد، بل يقتصر اثرها على وقف تنفيذ الالتزام فى فترة قيام الحادث وعودة قوته التنفيذيه بزواله، نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٩١ مجموعة أحكام النقض س ٤٢ع ١- ٣٣٦، نزيه المهدى، السابق، ٢٩٨.

فيـه «اذ يقع الفسخ الـقانونى عند انقـضاء الالتـزام على اثر استـحالة تنفـيذه، فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل لتخلف سببه باعتباره عقدا ملزما للجانبين، ولهـذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفـسه، او بحكم القانون، متى وضحت الاستـحالة وضـوحـا كامـلا»[١]. «فـقـيـام الحـرب وانقطاع المواصلات.. وصدور التـشريعات الاستـثنائية يعتبر قـوة قاهرة وسببـا اجنبيا يستحيل معه تنفيذ الالتزام..»[٢].

ولا تؤدى استحالة التنفيذ بسبب احنبى لايد للمدين فيه الى اثاره مشكلة التعويض عن الانفسـاخ، اذ لا رجوع، فى هذه الحالة، للدائن على المدين بأى تعويض.

غير أن المسألة التى تثار هى من يتحمل تبعـه إستحالة التنفيذ القائمة على هلاك الشئ محل الالتزام.

وفى القانون المصـرى ربط المشرع تبـعة الهلاك بالتـسليم ، بمعنى أن تقع التبعـة على المدين بالتسليم، ما لم يكن قد اعذر الدائـن بالتسلم وتقاعس عن استـلام محل الوفـاء، فالاعـذار ينقل تبعـة الهلاك، فى هذه الحالـة، إلى عاتق الدائن. وفى هذا المعنى قـضت محكمـة النقض بان نزع ملكية العـين المؤجرة للمنفعة العامة يؤدى إلى انفساخ العقد بقوة القانون لانعدام المحل، ولا يجوز للمستأجر فى هذه الحالة ان يطالب المؤجر بتعويض[٣]، «ويترتب على انفساخ

---

(١) نقض مدنى ١١ يناير١٩٧٧ مجموعة احكام النقض، س ٢٨- ٢١١.

(٢) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩، مجموعة احكام النقض، س ١٠- ٦٧٧.

(٣) نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٧١ مجـموعة احكام النقض، س ٢٥- ١٢١٣، راجع: عبد الرشيد قانون، السابق، ص ٢٦٥.

العقد بسبب الهلاك أو استحالة الوفاء أن تقع تبعة الهلاك على المدين، تطبيقا للمادة ١٥٩ و ١٦٠ مدنى [(١)].

الاستحالة بغير السبب الاجنبى :

فى هذه الحالة يفشل المدين فى اثبات السبب الاجنبى الذى أدى إلى استحالة التنفيذ. ولذلك يسأل هذا المدين عما حاق بالدائن من اضرار نتيجة لعدم التنفيذ. وقد اشارت لهذا الحكم المادة ٢١٥ مدنى. ذلك ان المدين، وقد فشل فى اثبات السبب الاجنبى - الذى لا يد له فيه - فان مسئوليته عن عدم التنفيذ تظل قائمة عقديا وفقا للاتفاق، حيث يفترض الخطأ فى جانبه، وحيث **تفترض علاقة السببية بين هذا الخطأ وما لحق الدائن من خسارة وما فاته من مكسب.**

غير ان الدائن يستطيع ان يطلب الفسخ بسبب عدم التنفيذ، وفى هذه الحالة له ان يطالب بالتعويض على اساس المسئولية التقصيرية»، وليس على اساس المسئولية العقدية، اذ بالفسخ لم يعد العقد قائما.

وقد قضت محكمة النقض أن العقد ينفسخ حتما باستحالة تنفيذه **يستوى فى ذلك ان تكون الاستحالة بتقصير البائع أو بتقصير المشترى، ولا يبقى الا الرجوع بالتضمينات من أحد المتعاقدين على الآخر [(٢)].**

---

(١) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض، س ٢٨- ٢١١، أما فى العقود الملزمة لجانب واحد، كالوديعة باجر، فان الذى يتحمل تبعة الهلاك، بسبب اجنبى، هو الدائن وليس المدين.

(٢) نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد- ٢٢٥- ٣٨٣.

المطلب الثالث
آثار انحلال العقد

اذا انفسخ العقد تلقائيا، أو قضى بفسخه قضائيا، على نحو ما سلف ذكره، ترتبت على هذا الفسخ عدة نتائج بالنسبة للمستقبل وبالنسبة للماضى.

من النتائج الأولية البديهية إنقضاء العقد بالنسبة للمستقبل، فلا ينتج أى اثر. غير ان هناك بعض الصعوبات التى قد تثار في هذا الخصوص، وتتعلق بالتزامات كانت مقرره بالنسبة للمستقبل، أى للفترة اللاحقة لانتهاد العقد، ومن ذلك التزام العامل في عقد العمل بعدم المنافسة، والذي يتخذ صورة عدم الالتحاق بمنشأة منافسة خلال مدة محددة من انقضاء العلاقة العقدية (كسنتين او خمس سنوات مثلا). اختلفت وجهات النظر واتجهت بعض احكام القضاء الفرنسى الى ان الفسخ يقضى على العقد برمته، ولا يبقى منه أى التزام بما فى ذلك التزامات ما بعد العقد[1]، فى حين ذهبت احكام اخرى إلى بقاء تلك الالتزامات قائمة ونافذه[2]. ونعتقد ان الحل لا يكون واحدا في جميع انواع العقود. ففي بعض العقود يكون الحل الأول هو الحل البديهى الذى لا يتصور غيره، كالالتزامات ما بعد التعاقد، فى عقد البيع[3]، اذ لا يتصور بقاءها بعد الفسخ وبعد اعادة الحال إلى ما كانت عليه بين المتعاقدين، أما فى عقد العمل، فان المسألة تأخذ بعدا أكثر تعقيدا لان شرط عدم المنافسة يتقرر اصلا عن الفترة اللاحقة لانتهاء العقد، وانهاء عقد العمل أمر وارد

---

(١) مثلا : نقض مدنى فرنسى ١٣ مايو سنة ١٩١٨، دالوز ١٩٢٢-١-٣٢.

(٢) محكمة رين ٧ فبراير سنة ١٩٣٥، جازيت دى باليه ١٩٣٥- ١٦٢.

(٣) كالالتزام بمتابعة خدمات ما بعد البيع.

بفصل العامل بارادة صاحب العمل، ولا يوجد بالتالى تعارض مبدئى بين هذا الإنتهاء وبين الالتزام بعدم المنافسة بعد انتهاء العقد، ولذلك فان المشكلة تبدو فى مدى ملاءمة الابقاء على الشرط بعد انهاء العقد من جانب صاحب العمل، خاصة حين يكون الانهاء تعسفيا، أو بعد إنقضاء مدة قصيرة من بدء التعاقد، واعتقد أن الامر يترك لتقدير القضاءلكى يوازن بين مصالح الطرفين، فى ضوء الاعتبارات المتقدمة، وفق ظروف كل حالة على حدة، خاصة من منظور سبب الانهاء، ومدة العقد، ثم مدة سريان شرط عدم المنافسة، والمقابل الذى حصل عليه العامل لقاء هذا الشرط.

بالنسبة للماضى :

أما بالنسبة للماضى فان الفسخ يؤدى إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».

وفي خصوص اعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، فان ذلك يُعبِّر عنه بالاثر الرجعى للفسخ. ولذلك فالاصل هو انحلال الرابطة العقدية بصفة كلية، ومع ذلك فان إعمال هذا الاثر الرجعى تقف دونه عقبات سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

الأثر الرجعى بين الطرفين:

يؤدى الفسخ، كما سبقت الاشارة، الى اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، (يستوى فى ذلك الفسخ او الانفساخ)، بمعنى ان يرد كل منهما ما قبضه إلى الطرف الاخر، فاذا تعلق الامر بعقد بيع مثلا فان على المشترى ان يعيد الشئ المبيع الذى كان قد تسلمه[1]، وعلى البائع ان يرد ما

---

(١) فاذا كان البيع قد هلك تحت يد المشترى التزم برد قيمته وقت الهلاك ان كان سئ النية.

قبضـه من ثمن. ويشمل الرد ثمار المبيع، كـما يشمل بالنسبـة للبائع رد فوائد الثمن، وكل ذلك يعنى ان اعادة الحال انما تقـع بالمعنى الكامل، مادام ذلك غير مسـتـحيل. ويتـفق هذا الاثر الرجعى للـفسخ مع الاثر الرجـعى للبطلان[1]، بصفة عامة، غير أن هناك بعض التحفظات في هذا شأن هذا التوافق:

ففى البطلان يعـود الاثر الرجعى الى طبيعـة الاشياء، فالعقـد الباطل هو عقـد لم يكن له وجود قط، أى ولد ميتـا، وبالتالى فان مـعنى البطلان يختلف عن معنى الفسخ، لان الفـسخ جزاء عدم تنفيذ التزام صـحيح وقائم وواجب التنفيذ من حيث المبدأ. لذلك فان المنطق النظرى كان يقتضى ألا يكون للفسخ من اثر الا عندما يحكم به الـقضاء، وبالتالى فـان الاثر الرجعى هو تعبـير عن التـزام كل طرف أن يرد ما اسـتوفـاه من الطرف الاخـر. ومفـاد هذه الملاحظة السابقـة ان هناك، حقيـقة، مفهـومين للاثر الرجعى. ففـى حالة البطلان يكون الاثر الرجعى امراً طبيعيـا فى حين انه فى الفسخ امر مصطنع إلى حد ما. ومن هنا كان الاثر الرجـعى فى الفسخ يختلف أحيـانا فى بعض آثاره عنه فى حالة البطلان، ومن ذلك انه فى حـالة الفسخ، يلتـزم المشتـرى، فى عقد الـبيع، برد الثمار الطبيعية، او الصناعيـة او المدنية، والتى حَصَّلَهاَ هذا المشترى، ولا يجوز له ان يتمسك بها حتى ولو كان قد قبضها بحسن نيه. أما في حالة البطلان فان لمن قبـض الثمار بحـسن نية ان يسـتبـقيهـا. ويعود عـدم السمـاح للمشـترى استبقـاء الثمار، فى الحالة الأولى إلى ان الفـسخ إما أن يكون بطلبه، فهو يقبل

---

(١) فقـد نصت المادة ١٤٢/ ١ مدنى على انه في حالتى ابطال العـقد وبطلانه يعاد المتعـاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا كـان هذا مـستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل».. وذات الصياغة فى شأن فسخ العقد وفقا للمادة ١٦٠ مدنى.

ان يعيد الحال الى ما كان عليه بما فى ذلك رد الثمار، وإما ان يكون الفسخ بسبب من جانبه، وفي الحالتين ليس له ان يستبقى الثمار.

- إن اعادة الحال الى ما كانت عليه لا تنفى حق أى من الطرفين ان يطالب الاخر بالتعويض عما لحق به من اضرار نتيجة الفسخ، وهو ما لا يتصور الا فى حالة الفسخ بغير السبب الاجنبى، ويشمل التعويض ما لحق بالمدعى من خسارة وما فاته من كسب، بما فى ذلك مصروفات تحرير العقد، ومصروفات التقاضى، وأية خسائر اخرى، كخسارة البائع نتيجة ما لحق بالشئ من تلف بخطأ المشترى أثناء بقاءه في حيازته، وكذلك المصروفات الكمالية فى حالة ثبوت سوء نية المسئول عن الفسخ.

- وتقع المقاصة بين ما يستحق لكل من الطرفين فى حالة الفسخ، وذلك اذا توافرت شروط المقاصه القانونية، كما لو كان ما استحق فى ذمة كل منهما مبالغ نقدية، اذ تقع المقاصة بين الدينين فى حدود الاقل منهما. واذا لم تتوافر شروط المقاصة، يجوز لكل منهما ان يحبس ما تحت يده حتى يستوفى ما هو مستحق في ذمة الطرف الاخر.

- **امتناع الاثر الرجعى فى فسخ عقود المدة :** في عقود المدة لا يتصور إعمال الفسخ بأثر رجعي، ويعود ذلك الى ان الزمن عنصر جوهرى فى تنفيذ الالتزامات، واذا كان التنفيذ قد تم، فانه لا يتصور محو هذا التنفيذ، لان ما مضي من الزمن لا يعود. والمثال الواضح هو فسخ عقد الايجار، حيث يقتصر اثر الفسخ على المستقبل دون الماضي، اى بدون اثر رجعى. وفي هذه الجزئية يبدو الفارق واضحا بين آثار البطلان وآثار الفسخ في عقود المدة. فالاثر الرجعى يطبق على بطلان عقد المدة الى حد ليس بالقليل، ولا يعرقله سوى

بعض العقبات التى تحـول دون الإعمال الـكامل للاثر الرجعى، امـا فى حالة فسخ عقـد المدة فان الاثر الرجعى يُستبـعد تماما. وإيضاحا لذلك فـان القضاء ببطلان عـقد الايجـار يؤدى، وفقـا للاثر الرجعى، الى الزام المسـتأجـر أن يرد العين المؤجـرة، والزام المؤجر ان يرد الاجـرة التى قبـضهـا. غيـر ان رد الاجرة يضحى ممتنعا لانها سـددت في مقابل انتفاع المستـأجر بالعين. وهذا الانتفاع، لاختلاطه بالزمن، لا يمكن مـحوه عن الماضى، لذلك يحتفظ المؤجر بما قـبضه باعتبـاره تعويضا عن شغل العين والانتـفاع بها فى المدة السابقـة على القضاء بالبطلان. ومعنى ذلك انـه في حالة بطلان عقد المدة فـان الامور تتم تسويتـها بتحـويل القواعد الواجبـة التطبيق من قواعـد العقد الى قواعـد المسئولية غـير العقدية.

أما لو كان الامر هو فسخ عقـد المدة، فلا وجه للاثر الرجعى من اساسه، فالعقد نفـذ تنفيذا صحيحا عن المدة السابقـة على تقرير الفسخ، والاجرة التى سددت، تم سدادها وفقـا لصحيح الالتزامات العقدية باعتـباره اجرة وليست تعويضا، ووفقا لقواعد العقد، دون بديل، وآل الامر في نهاية المطاف الى انهاء العقد فى المستقبل فحسب[1].

الاثر الرجعى للفسخ بالنسبة للغير :

يؤدى الاثر الرجعى للفسخ، الى اعادة الحـال الي ما كانت عليه، وبالتالى يتعين على كل من الطرفين ان يرد مـا تسلمه بحالته، وكأن شيـئاً لم يكن. فاذا فسخ عقد البـيع، مثلا، تعين رد الشئ المبيع الى البائع غير مـحمل بأية حقوق رتبهـا المشترى لمصلحة الغـير. غيـر ان هذه القاعدة تحدها بعض الاسـتثناءات

---

(١) راجع : تعليق الاستاذ بيسون فى دالوز ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨-١- ٩٢: وراجع : سليمان مرقص، العقد، رقم ٣٥٢، السنهورى، رقم ٤٧٨.

التى تحمى الغير، ومن ذلك ما قرره المشرع من تنظيم للاحتجاج بالحقوق العينية التى تتقرر على العقارات فيما بين المتعاملين على العقار، وفقا لقواعد الشهر. فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على انه يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر وجودا وصحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان او الفسخ او الالغاء او الرجوع، فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوي»، كما نصت المادة ١٧ من ذات القانون على أنه «لا يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية، قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما»، ولا يسرى حكم هذه المادة على الاحكام التى يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية او من تاريخ العمل بهذا القانون (ق ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بإضافة هذه الفقرة الاخيرة الى المادة ١٧) ايهما أطول»[١].

ويترتب على هذه القواعد ان الحكم بفسخ بيع عقار فى دعوى لم تسجل عريضتها ولم يؤشر بها لا يسرى فى حق الغير حسن النية الذى اكتسب حقا عينيا على العقار، أما من تلقى حقا عينيا بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها فان حقه يزول بفسخ العقد، يستوى فى ذلك ان يكون سئ النية أو حسن النية[٢].

---

(١) عُمل بهذه الاضافة اعتباراً من أول ابريل سنة ١٩٧٦.
(٢) السنهورى السابق، رقم ٤٧٩.

-كذلك **لا** يؤثر الاثر الرجعى للفسخ علي من اكتسب، بحسن نية، حقا عينيا على منقول، وفقا لقاعدة **الحيازة فى المنقول سند الحائز.** (م ٩٧٦ مدنى).

- حالة **الرهن الرسمى** الذي يبقى قائما وفقا للمادة ١٠٣٤ مدنى لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية، رغم زوال سند ملكية الراهن باثر رجعى، وهو ما سبق عرضه عند التعرض لآثار البطلان.

- حالة الغير الذى اكتسب حقا عينيا على العقار **بالتقادم الخمسى** وقام بشهر سند ملكيته قبل تسجيل دعوى الفسخ او **التأشير** بها.

- وفي هذه الحالات السابقة يحول توافر شروطها دون تطبيق الاثر الرجعى للفسخ.

الفصل الثالث
الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين
(الامتناع المشروع عن تنفيذ الالتزام)

قد يتفق المتعاقدان على ترتيب كيفية تنفيذ التزاماتهما المتبادلة من حيث التعاقب الزمنى، فينص فى العقد على من يبدأ التنفيذ أولا، ثم من يأتى تنفيذه في مرحلة لاحقه. وفى هذه الحالة يكون العقد شريعة المتعاقدين ويجب احترام حكمه. فإذا سكت المتعاقدان عن تنظيم هذه المسألة، كما يحدث غالبا، كان المبدأ هو التنفيذ المتعاصر للالتزامات المتبادلة. وبالتالى فإذا لم يعرض متعاقد تنفيذ التزامه جاز للاخر - عندما يُطالَب بالتنفيذ - ان يدفع بعدم التنفيذ، أي أن يرفض تنفيذ التزامه الى ان ينفذ الطرف الاخر الالتزام المقابل، وقد نصت على هذا الدفع المادة ١٦١ مدنى «فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به[(١)]».

ويعُرف الدفع المذكور بالاتينية non adimpleti contractus وبالفرنسية l'exception d'inexécution أى الدفع بعدم التنفيذ. ورغم

---

(١) نقض ١٣ أبريل سنة ١٩٩٣ مجموعة احكام النقض س ٤٤-٢-٩٣ حيث قضى بأنه لما كان عقد البيع من العقود التبادلية فلا يجبر البائع على تنفيذ التزامه متى دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن. تمسك الطاعنه بعدم وفاء المشترين بالثمن وأن مانعا أدبيا بينها وبين المشترين (م ٦٣من قانون الاثبات) حال دون حصولها على ورقة الضد وطلبها احالة الدعوى للتحقيق، هو دفاع جوهرى. حجب الحكم المطعون نفسه عن اعمال سلطته فى تقدير الظروف التى ساقتها الطاعنة لقيام المانع الادبى الذى تمسكت به وعن الادلاء برأيها فيما اذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعه لها من الحصول على دليل كتابى على عدم الوفاء بالثمن ولم يرد الحكم على طلبها احالة الدعوى للتحقيق فيكون معيبا بمخالفة القانون والقصور في التسبيب.

الصيـاغة اللاتينيـة لهذا الدفع فانه لم يأت عن طريـق القانون الرومانى. فـهذا القـانون الاخيـر كان يعـرف فـقط الدفع بالغش Dol ، والذى كـان يسـمح للمدين ان يرد مطالبـه الدائن التعسـفية، والذى يطالب بحـقه دون ان يفى بما عليه من التزام. أما الدفع بعدم التنفيذ فقد قال به الفقهاء الكنسيون فى القرون الوسطى إعمالا للقواعد الاخلاقـية، حيث أُخذَ به على نطاق واسع، ثم انتقل بعد ذلك الى القوانين الحديثة.

وفي القـانون الـفـرنسى، لا يوجـد نص عـام مـثل نص المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى، ولكن توجد تطبيقات فى نصوص متفرقة، ومنها المادة ١٦١٢ مدنى فرنسى فى شأن عقد البيع، والمادة ١٦٥٣ فى شأن المشترى الذي يخشي تعرضا فى الشئ المبيع، والمادة ١٧٠٤ فى شأن عقد المقايضة.

نطاق الدفع بعدم التنفيذ وشروط تطبيقه :

يتعلق الامر بعقد ملزم للجانبين. وهو ما ورد صـراحة فى المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى، فضلا عن ان منطق الدفع يفترض التزامات متبادلة[1]. وقد ثار التسـاؤل حول مدى امكانية اسـتخدام هذا الدفع فى العقود التـبادلية الناقصـة. وهى عقود بحسب اصلهـا ملزمة لجانب واحد، ولكن ينشـأ بسبب تنفيذها، وأثناء هذا التنفيذ، التزام على عـاتق الدائن. ومثال ذلك الوديعة بغير اجر، حيث يجوز للمودع لديه ان يطالب المودع بما انفقه على الشئ المودع من نفقات ضـرورية لحفظ الوديعة. غيـر ان حقيقة الامـر، ان العقد الملزم لجـانب واحد يظل على طبيعته الاصلية، فـلا يخضع لنظام الدفع بعدم التنفيذ، خاصة ان للمدين فـيه، عندما يتـحول الى عقـد تبادلي ناقص، حق اخر يفى بحـماية

(١) وقد قضى بوجـوب ان يكون كلا الالتزامين سببـا للاخر فى عقد تبـادلى : نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مـجمـوعة أحكام النـقض، س٢٨- ٥٠٥، و ١٤ ابريل سنة ١٩٥٥ مجـموعـة احكام النقض س ١١-٨٤٩.

مصـالحه، وهو الحق فى حـبس ما فى ذمتـه الى ان يستوفى مـا انفقـه. وهو ما ينطبق على عقود الوديعة والعارية ورهن الحيازة، فجميع هذه العقود لا مجال فيـها الا للحق في الحـبس، وليس للدفع بعدم التنفـيذ. وعلي هذا النحـو فإن الهـدف العـملى واحـد فى نوعى العـقود، فـالحق في الحـبس، والدفع بعـدم التنفيـذ، ينتهيا الى ضـمان حقـوق المتعاقد الدائن اصـلا، أو الذى اصبح دائنا اثناء التنفيـذ. لذلك يقال ان الدفع بعدم التنفـيذ، فى العقود الملزمـة للجانبين، هو فـرع من الحق فى الحبس. فـاذا خرج عن نطاق هذه العـقود عـاد حقـا فى الحبس.

ويترتب ايضـا، على منطق الدفع بعدم التنفـيذ، وطبـيعتـه ونطاقه، انه لا مجـال له اذا كان العقد قـد زال بسبب بطلان او فسخ او اى سـبب اخر. واذا اراد احد المتـعاقدين ان يسـترد ما اوفـاه بهذا العقـد الزائل فان له ان يستـخدم الحق فى حبس مـا استوفـاه بالمقابل، اى أن الامر هنا هو امـر حق فى الحبس، وليس امر دفع بعدم التنفيذ(١).

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

الشرط الاول : أن يطالب احد طرفـى العقد الاخر بتنفيـذ التزامه دون ان يكون هو مستعدا لتنفيذ ما تعهد به(٢).

وهو ما يمثل الحالة التى يعـالجها الدفع بعدم التنفيذ. غيـر ان الصعوبة قد

---

(١) وقد قضى بأن التزام المشترى برد الارض المبيعة بعد فسخ البيع، انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن، أما التزام المشترى برد ثمرات العـين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فان من حق المشترى ان يحبس ما يستحق للبائع فى ذمته من ثمار حتى يسـتوفى منه فوائد مـا دفعه من ثمـن : نقض ٢٧/٦/١٩٦٨ مجمـوعة احكام النقض س١٩- ١٢٣٤.

(٢) ويشتـرط ان يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيـذه واجب الاداء حالا: نقض ٣/٧/١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠-١١١٨.

تثور عندما يكون احد العاقدين قد نفذ التزامه جزئيا، فهل يجوز له ان يطالب بتنفيذ جزء مقابل، دون ان يعترضه دفع بعدم التنفيذ. ونعتقد ان الاصل هو الوفاء الكلى، وبالتالى، فإن من لم ينفذ كامل التزامه لا يجوز له ان يطالب الطرف الاخر بالتنفيذ، ولو كان قد نفذ جزئيا. ومع ذلك فان القاضي، فى ضوء ملابسات الحالة المعروضة عليه، قد يقدر مدى اهمية التنفيذ الجزئى، ثم **يصدر حكمه فى شأن قانونية الدفع فى ضوء ذلك.**

الشر ط الثانى الا يكون المدعى عليه ملزما وفقا للعقد بالوفاء أولا:

ذلك انه، وكما سبقت الاشارة، قد ينظم العقد مسألة التنفيذ بين الطرفين على سبيل التتابع، وليس على سبيل التعاصر الزمنى. فاذا نظم العقد التنفيذ على هذا النحو، تعين الاخذ بما نص عليه، ولا مجال بالتالى للدفع بعدم التنفيذ[1].

ومع ذلك فان المشرع قد يتدخل احيانا ويجيز الدفع رغم بنود العقد، ومن ذلك ان يدفع البائع بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم، رغم تأجيل الثمن، فى حالة افلاس المشترى. فالافلاس يُسْقط الاجل. كذلك قد يجرى العرف على ترتيب معين لتنفيذ الالتزامات المتقابلة. ففى عقود المقاولات قد يجرى العرف على قيام المقاول بالتنفيذ اولا، ثم الحصول علي مستحقاته وفقا لمستجدات التنفيذ، وبالتالى لا يكون هناك وجه للدفع مقدما بعدم التنفيذ.

---

(١) وقد قضى بأنه يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين الا يوجب العقد على المتعاقد الذي ابدى هذا الدفع ان يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الاخر، اذ يمتنع عليه في هذه الحالة ان ينتفع بالدفع، ويتعين عليه ان يفى بما التزم به دون ان ينتظر وفاء المتعاقد الاخر لالتزامه : نقض ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض، س ١٩- ١٥٠٤.

الشرط الثالث : ان يكون المدعى عليه، اى الذى يتمسك بالدفع، حسن النية:

وحسن النية مبدأ عام فى تنفيذ الالتزامات العقدية. وفى ذلك تقرر المادة ١٤٨/ ١ مدني «يجب تنفيذ العقد.. وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

ويقتضي مبدأ حسن النية عدم التعنت او التعسف فى التقابل فى تنفيذ الالتزامات، وبالتالى يعد متعسفا من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى كل حالة يكون فيها الطرف الاخر قد نفذ التزامه فيما عدا جزء ضئيل منه. فمثل هذا الجزء لا يصح اتخاذه تكئة للدفع بعدم التنفيذ. والامر متروك، فى مثل هذه الظروف، لتقدير القضاء.. ومن تطبيقات القضاء الفرنسى حكم قديم قضى بعدم مشروعية قيام شركة الكهرباء بقطع التيار عن مشترك تخلف عن الوفاء بمبلغ زهيد، هو عشرون فرنكا (نقض مدنى فرنسى اول ديسمبر ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٨-١- ص ٢٨٩). وكذلك، ومن باب اولي، لا يجوز لشخص ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى فعله (نقض مدنى فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢-١- ص ٤٤)

ويلاحظ ان هذا الشرط، المتعلق بحسن النية، يتفق اولا مع الاعتبارات العامة الاخلاقية، والواجبة فى تنفيذ العقودالمدنية، كما انه يتفق ايضا مع فكرة ان الدفع بعدم التنفيذ انما دخل فى عالم القانون بدوافع اخلاقية، فلا يجوز أن يستخدم على نحو يناقضها(١).

(١) ولذلك قضى بأنه لا يباح للمتعاقد ان يتمسك بهذا الدفع اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يتفق مع ما يجب توافره من حسن النية، وإنما يكفيه في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل: نقض ١٠/ ٥/ ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض، س ١٧-١٠٤٠، و ٢٨/ ٦/ ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ - ٧٨٩.

الشرط الرابع : لا يشترط ان يكون الامتناع عن التنفيذ خاطئا حتى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

ومفاد ذلك، ان مجرد امتناع الطرف الاخر عن تنفيذ التزامه يسمح لخصمه ان يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو. ويستوى فى ذلك ان يكون امتناع الاول عن خطأ من جانبه، او ان يكون ذلك راجعا الى سبب اجنبى لا يد له فيه. فالدفع بعدم التنفيذ لا يقوم فقط على فكره الجزاء، بل يقوم ايضا على مفهوم الارتباط بين الالتزامات المتقابلة.

ومع ذلك فان هناك حالة يكون هلاك محل الالتزام بقوة قاهرة، ومع ذلك لا يستطيع الطرف الاخر ان يمتنع عن تنفيذ التزامه المقابل، وهى الحالة التي نصت عليها المادة ٤٦٠ من القانون المدنى حين قررت، فى صدد البيع بانه اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع». ومعنى ذلك انه رغم هلاك المبيع فى يد البائع، وهو حابس له، فإنه، أي البائع، يستطيع ان يطالب المشترى بالثمن، ولا يستطيع المشترى ان يدفع بعدم التنفيذ. (الا في حالة هلاك المبيع بفعل البائع).

اثر الدفع بعدم التنفيذ :

يترتب على تطبيق هذا الدفع وقف تنفيذ الالتزام الى ان يعرض المتعاقد الاخر تنفيذ التزامه المقابل، وبالتالى لا يجوز لمن وُجِّهَ اليه الدفع ان يطلب حقه بطريق التنفيذ الجبرى. ويترتب على هذا المنطق ان اثر الدفع هو اثر مؤقت الى ان ينجلى الامر، إما باستئناف التنفيذ المتبادل، وإما بتأزم الامر نهائيا بين الطرفين. وفى هذه الحالة الاخيرة يؤول العقد إما الى فسخ قضائى او فسخ بالاتفاق بين اطرافه.

ومن ناحية أخرى فـان التمسك **بالدفع بعدم التنفيـذ لا يستوجب اعذارا مسبقـا، وقد قضى فى هذا المعنى بأنه «اذا لم يقم احد المتعاقـدين بالتزامه كان للاخر الا يفـى بالتزامه من غـير حـاجة الى تنبـيه رسمى أو الى حكـم بفسخ** العقد اذا كان التزام كل منهما فى العقد مقابلاً للآخر[١].

وأخيـرا يسقط الدفع بعدم التنفـيذ بالنزول عنه صراحـة أو ضمنا، ولكن مع ملاحظة ان قـبول الوفاء الجـزئى لا يسقط الحق في التمـسك بالدفع بعدم التنفيذ، «ومن حق المشترى، بالتـالى، ان يحبس ما لم يكن أدّاه من الثمن، ولو كان مسـتحق الاداء، حتى يزول الخطر الذى يهدده، وذلك مـا لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله»[٢].

---

(١) نقض ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩، مجموعة القواعد -١١١- ٨٤٩.

(٢) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض، س ٢٦- ١٦٠٦.

القســـم الثانــى

الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام

الباب الأول

تطور الفكرة والخلاف حولها

مازالت القوانين الحديثة، ذات الجذور اللاتينية، مدموغة في، بعض افكارها ونظمها، بالقانون الرومانى. وقد اشرنا لتطبيقات كثيرة لهذا المعنى عبر دراسة نظرية العقد كمصدر رئيسى للالتزام.

ومن منطلق تأثير القانون الرومانى أيضا كان التساؤل حول امكانية الارادة المنفردة في خلق الالتزام. ذلك ان القانون الرومانى لم يتصور فى أى وقت من اوقاته ان الشخص يستطيع ان يلتزم بارادته المنفردة. فالعقد، والعقد وحده، هو الاداة القانونية التى تنشأ عنها الالتزامات، فلابد من التقاء ارادتين متقابلتين على إحداث هذا الاثر القانونى فى الالتزام. فإذا تقابلت الارادات على هذا النحو نشأ عنها الالتزام، يستوى فى ذلك ان ينشئ العقد التزامات متقابله على عاتق كل من طرفيه، أم التزامات على عاتق طرف واحد (العقد الملزم) لجانب واحد : ولذلك لا يجوز الخلط بين مشكلة الالتزام بارادة منفردة، والعقد الملزم لجانب واحد. وكل ذلك يعكس ايضا المفهوم الشخصى للالتزام باعتباره رابطة بين شخصين، وبالتالى لا يتصور ان تخلقه ارادة بمفردها.

غير ان مفهوما آخر يختلف عن المفهوم السابق، نشأ فى الفقة الالمانى، ثم انتقل منه الى بعض من الفقه الفرنسى. ويقوم هذا المفهوم على أن الارادة المنفردة قادرة على انشاء الالتزام. فالشخص، فى سياق ممارسته لحرية ارادته،

يستطيع ان ينشئ التزاما على عاتق نفسه بارادته وحدها. فالشخص حر فى أن يلتزم باتفاق مع غيره، وهو حـر ايضا فى أن يلتزم بارادته وحدها، وليس هناك مـا يدعـو، عدالة أو قـانونا، إلـى ان يحظر على الشـخص ممارسـة هذه المكنة القانونية، مادام انه لا يستطيع، من حيث المبـدأ، أن يفرض على غيره اكتساب الحق المقابل للالتزام الذي فرضه على نفسه».

وقد دفع الى قـبول هذا المفهـوم الجديد ما يسانده من اعـتبارات منطقـية وعملية.

فمن الناحية المنطقية تحقق هذه النظرية الجديدة اعلاء لمبدأ سلطان الارادة وتأكيـدا له. فاسـاس الالتزام، حـتى فى نطاق العقـد، هو ارادة الملتـزم بمفرده عندمـا تلتـقى بارادة الطرف الاخـر، فـيكون العـقـد حصـيلة التـقـاء ارادتين متطابقتين، اتجهـتا معا الى إحداث الاثار القانونية لمقصـود المتعاقدين. وبمعنى آخر فان القوة الملزمة للعقد انما هى نتيجة قوة الارادة(١).

أما من الناحية العملية، فإن الاعتـراف للارادة المنفردة بالقدرة على خلق الالتزام يفسح المجـال امام بعض صور للتعامل الهـامة التى يحتاجها جـمهور المتعاملين، والـتى لا تسعفها النظريـة التقليدية المعادية لمفـهوم الارادة المنفردة. ومن ذلك الوعـد بجائـزة الموجه للجـمـهور، والتـزام المتعـهـد في الاشتـراط لمصلحة الغير، والالتزام بالبقاء علـى الايجاب لمصلحة الغير... الخ. ففي مثل هذه الفـروض لابد من الاعتراف لـلارادة المنفردة بقدرتـها على انشـاء التزام قانونى صحيح ونافذ.

---

(١) راجع عرض سليمان مرقص، رقم ٣٥٧، عبد الفتاح عبد البـاقى، السابق، رقم ٣٤٨، عبد الرشيد مأمون السابق، ص ٢٢٢، مصطفى عدوى، ٤٣٦.

وقد اعترض انصار النظرية التقليـدية على مجمل الدفاع السابق عن دور الارادة المنفـردة فى خلق الالتزام، وكـان وجه الاعتـراض الاول هو ان اعطاء الارادة المنفردة قدرة على خلق الالتزام يستتبع اعطاءها القدرة على الغائه. فما ينشأ عن ارادة منفـردة تستطيع هذه الارادة الغاءه، اخذاً بمفـهوم سيطرة الارادة وسلطانها الـتام، واذا صح ذلك فاننا لا نكون بصـدد التزام بالمعنى الصـحيح، إنما نكون بصـدد تعهـد ارادى بحت، وهذا غـير جـائز. رمن **ناحية ثانية**، فانه حتى اذا تـقيد سلـطان الارادة بالثقـة المشروعة فى الـتعامل، والـتى تحول دون العدول الارادى البحت، وتقّـيده بضوابط وشروط مـحددة، فان منطق الارادة المنفردة يلحـق ضررا بالمفهـوم التعاقـدى، اذ ان معناها، فى نطاق العـقد الملزم للجانبين، ان التزام كل طرف مستـقل عن التزام الطرف الاخر، فى نشأته وفى مسيرة حيـاته، وهو ما يناقض المفهوم المستقر للتقـابل والترابط بين الالتزامات العقـدية، واعتبار الـتزام كل طرف سببـا لالتزام الطرف الاخر. وهذا المفـهوم الاخير هو الذي يقوم عليه بناء فنى مـتكامل فى شأن الدفع بعدم التنفيذ، وفى شأن الفسخ لعدم التنفيذ.

وأخيرا يذهب اعـداء الارادة المنفـردة الى ان الحـالات التى قـيل بالارادة المنفردة لتـبرير مشـروعيتـها، فضـلا عن ضرورتها العـملية، يمكن تفسـيرها، والاقرار بها، من منظور النظرية التقليدية. فـجميع هذه الحالات تزيد فى نهاية المطاف الى مفهوم تعاقدى وفقا للمفهوم التقليدى.

- ففى حـالة **الايجاب الملزم**، مثلا، فـان هذا الايجاب يقوم على مـفهوم عقدى مـؤداه ان الموجب حين يعرض ايجابه على شخص اخـر إنما يترك لهذا الاخر فـرصه تدبر الامر الى اجل مـعين، ثم الافصاح عن مـوقفه بالقـبول أو

بالرفض. ولذلك فـان هناك ايجابا اول بعرض الـتعاقـد، وايجابا ثانيـا بالتزام الموجب بالبقـاء على ايجابه لاجل مـضروب، وفي شأن هذا الايجـاب الثانى فان مجـرد سكوت من وُجّه اليه يعـتبر قبـولا، باعتبار ان هذا الايجـاب يمنحه اجلا للرد يتـمخض عن مصلحـة بحته له. ومن كل ذلك فـان فكرة الايجاب الملزم ما هى الا تطبـيق لتقنيه التعـاقد بارادتين، وليس تعبيـرا عن التزام بارادة منفردة[١].

- وكذلك الحـال بالنسبة **للاشتراط لمصلحـة الغير**، فالتـزام المتعهـد تجاه المنتفع انما ينشأ عن اتفاق بين هذا المتعهـد والمُشتَرِط. وبالتالى فالالتزام لا ينشأ الا عن العقد المبـرم بين هذين الاخيرين، ولا ينشأ بارادة المتعـهد وحده. أما ان المتعـهد ليس طرفـا مع المستفـيد فان ذلك يتـعلق بمبدأ نسـبيه اثر العـقود، ولا يتعلق، بالتالى، بمسألة الارادة المنفردة.

- أما بالنسبة **للوعد بجائزة الموجه للجمهور**، فأنه ايضا يرتد الى مـفهوم تعاقـدى، وليس الى التزام باراده منفرده، فـمن يعلن عن جائزة للجمـهور فى صـحف أو فى اعـلان ملـصق.. الخ انما يتـعـهـد بالجـائزة لمـن يودى العـمل المطلوب، وهو ، أى الواعد، يتعهـد في هذه الحالة بموجب ايجاب ملزم، وهو ما ينتظر قـبولا من جانب من يؤدى العمل المطلوب. وهو قـول يصح اذا كان القائم بالعـمل قد قام به على علم بالوعد وادي الـعمل من منطلق هذا العلم، ولكن المشكلة ان الواعد يلتـزم فى مواجهة من ادى العـمل المطلوب حتى ولو لم يكن هذا الاخير قد ادى العمل دون علـمه بالجائرة أو دون نظر اليها. وفي

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، مصطفى عدوى، السابق.

هذه الجزئية الاخيرة يرد انصار النظرية التقليدية بافتراض حصول القبول بالعمل. وهذا الرد الاخير هو رد غير واقعى، وغير مستساغ بالتالى، حيث يتعذر افتراض القبول من جانب شخص لم يكن يعلم اصلا بوجود الوعد بالجائزة. لذلك فان حالة الوعد بجائزة هى الحالة التى تستعصى على المفهوم التعاقدى للنظرية التقليدية، وتحتاج، بالتالى، الى الاقرار، فيها، بقدرة الارادة المنفردة على خلق الالتزام.

الفصل الاول

موقف المشرع المصرى من الارادة المنفردة كمصدر للالتزام

نوقشت مسـألة الارادة المنفردة كمصـدر عام للالتزام، شأنها شـأن العقد وغيره من المصادر، عند واضـعى القانون المدنى الحالى[1]، واتجهوا في البداية الى وضع نص المادة ٢٢٨ من المشروع على النحو الآتى :

«١ - اذا كان الوعـد الصادر من جانب واحـد مكتوبا وكان لمدة مـعينة، فان هذا الوعد يلزم صـاحبه من الوقت الذى يصل فيـه الى علم من وجه اليه مادام هذا لم يرفضه.

٢ - وتسرى على هذا الوعد الاحكام الخاصة بـالعقود، الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام.

٣ - يبقـي الايجاب في العـقود خاضـعا للاحكـام الخاصة به. ويـسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه للجمهور».

ويلاحظ ان الفقرة الاولى من هذا النص- الذي كان مقـترحا- اشترطت وصول الوعـد الي علم من وجه اليه واعـتباره ملزمـا منذ وقت هذا الوصول، مادام ان من وُجِّـهَ اليه لم يـرفضه. وقـد علقت المذكرة الايـضاحيـة على هذا الحكمٌ ان الوعـد - فى هذا الخـصوص - شـأنه شـأن كل تعـبيـر عن الارادة فيجـوز العدول عنه بعد صـدوره حتى وصول العدول الى علم من وجـه اليه قبل وصول الوعـد ذاته، او وقت وصوله وفقا لاحكام القواعد العـامة. بيد ان الوعد الصـادر من جانب واحد يمتاز بتـرتيب حكمه دون حاجة الى الـقبول،

---

(١) راجع : عبد الرشيد مأمون، السابق، ص ٧٥.

وهذا ما يفرقه عن العقود، فيكفى للزومه ان يصل الى علم من وجه اليه وألا يرفضه، ولكنه يسقط فى حاله الرفض، اذ لا يجوز ان يجبر أحد على ان يكسب حقا على رغمه. وهو، من هذا الوجه، يختلف اختلافا بينا عن العقد. فالعقد لا يتم الا بقبول الدائن ووصول هذا القبول الى علم من صدر الايجاب عنه...»[1].

ويلاحظ أن هذا التصوير، الذى ساقته المذكرة الايضاحية لمشروع المادة ٢٢٨ مدنى، لا يضيف جديدا الى المصدر العقدى للالتزام، فحين نشترط وصول الوعد الى من وجه اليه، وعدم رفضه لهذا الايجاب، فان مفاد ذلك ان هذه العملية القانونية تدخل في منطق العقد لا فى منطق الالتزام بالارادة المنفردة. لذلك فان لجنة المراجعة رأيت، عندما عرض عليه مشروع نص المادة ٢٢٨، سالفة الذكر انه يتضمن مبدأ عاما جديداً لا داع له، واكتفى المشرع في نهاية المطاف بنص المادة ١٦٢ مدنى والذى اعتبر الوعد بجائرة، من جانب واحد، ملزما للواعد، حتى ولو قام المستفيد بالعمل المطلوب دون نظر للوعد بالجائزة ودون علم بها، ونعرض فيما يلى للوعد بجائزة كما نظمه القانون المدنى المصرى.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٢ ص ٣٣٨.

المبحث الثانى
الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور

نصت المادة ١٦٢ من القانون المدنى المصرى على أنه:

«١ - من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها».

«٢ - واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده باعلان للجمهور، على الا يؤثر ذلك في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال سته اشهر من تاريخ اعلان العدول للجمهور».

ونعرض فيما يلى لشروط الوعد بالجائزة الموجه للجمهور، ثم لاحكام الالتزام بالوعد، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الاول
شروط الالتزام بالجائزة

تتمثل شروط الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور فيما اوردته المادة ١٦٢ مدنى سالفة الذكر، وهى:

الشرط الاول : تعبير الواعد عن ارادته تعبيرا صحيحا:

يعتبر الوعد تصرفا اراديا من جانب واحد، لذلك يجب ان تتوافر في التعبير عن الارادة كافة الشروط والضوابط القانونية اللازمة لصحة التعبير وأنتاجه لأثره، فلابد ان تكون ارادة الواعد قائمة قانونا ومعتبره من حيث الاهلية اللازمة، ومن حيث خلو الارادة من العيوب. كما يجب ان تتوافر الشروط القانونية فى ركنى المحل والسبب، فيجب ان يكون المحل موجودا ومعينا ومشروعا، وكذلك الحال بالنسبة للسبب الذي يجب ان يكون موجودا ومعينا وغير مخالف للنظام العام او الاداب العامة. وتعبير السبب يضحى، **فى خصوصية الوعد بالجائزة ، امرا هاما، حيث ان منطوق الالتزام بالوعد يعنى ان تكون الجائرة لمن ينجز عملا معينا، أو من يكتشف علاجا لمرض بذاته، او من يعثر على شئ ضائع من صاحبه... الخ. ويلاحظ فى هذا المقام ان الوعد بجائزة يجب ان يكون لمن يؤدى مثل العمل السابق، ولا يجوز ان يقتصر الامر على مجرد جائزة لمن يوجد في مركز معين. فمن يَعدُ بميرة لمن يولد فى يوم معين لايعد، فى القانون المصرى، واعدا بجائزة وفقا للمادة ١٦٢ مدنى(١).**

---

(١) السنهورى، السابق، جزء -١- المجلد الثانى، ص ١٨٠٢ فى الهامش، عبد الرشيد مأمون، السابق، ص ٢٧٧، مصطفى عدوى، السابق، ص ٤٤٠.

الشرط الثاني: ان يوجه الاعلان عن الجائزة للجمهور :

ومعنى هذا الشرط ضرورة ان يكون الوعد بالجائزة موجه الى اشخاص غير معينين، بمعنى ضرورة ان يوجه الى جمهور غير محدد. ويقتضي هذا الشرط ان يكون الاعلان عن الجائزة علي نحو علني. والشكل العلني هو الذي يؤكد توافر هذا الشرط، من حيث اتساع دائرة من يوجه اليهم الاعلان دون قصره على شخص أو اشخاص معينين بذواتهم. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بان الوعد بجائزة «علي ما اشترطته المادة ١٦٢ مدنى يقوم اساسا على توافر اركان معينة منها ان توجه الارادة الى الجمهور، أي الي اشخاص غير معينين. فاذا ما وجهت الى شخص معين خرجت من ان تكون وعدا بجائزة، وسرت عليها قواعد الايجاب، فلابد ان يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا ارادة منفرده. واذا كان الاقرار موضوع النزاع لا يعدو ان يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الاتعاب المستحقة له، فان شروط المادة ١٦٢ مدنى سالفة الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى اليه قد صادف صحيح القانون»[1].

ويلاحظ أن توجيه الاعلان عن الجائزة للجهور، على النحو المحدد سابقا، وما يقتضيه من علنيه هذا الاعلان، يعبر، فى جانب منه، عن صدق نية الواعد وتصميمه النهائي، دون تردد، على الالتزام بما اعلن عنه، وان الامر ليس امرا عفويا او طارئا[2].

---

(١) نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض س ٢٨- ٥١١، وراجع : محمد كمال عبد العزيز، السابق، ص ٥٠٨ ، ٥٠٩.

(٢) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٣٥٥، ص ٦٨٩، سليمان مرقص، السابق، رقم ٣٦١، عبد الرشيد مأمون، السابق.

المطلب الثانى
أحكام الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور

تدور احكام الوعد بجـائزه في أطار البحث عن اثر هذا الوعـد ومداه في حالة تعـيين مدة محددة لانجـاز العمل المطلوب، وكذلك فى حالة عـدم تعيين مدة ما، واخيرا تقادم الحق فى الجائزة.

أولا - حكم الوعد فى حالة تحديد مدة لانجاز العمل:

اذا توافرت مـقومات وشرائط الوعـد بجائزة. على نحو مـا سلف ذكره. نشأ الالتزام على عاتق الواعد باعطاء الجـائزة لمن ينجز العمل المطلوب. وينشأ الحق لهذا الاخـير حتى ولو قـام بالعمل «دون نظر الى الوعـد بجائزة او دون علم بها» (م ١٦٢/ ١ مدنى).

ويلتزم الواعد بالمدة التى حددهـا، ولا يجوز له الرجوع عن الوعد طوال هذه المدة، فان عَدَلَ، كان عدوله حابط الاثر، ولا قيمة له من الناحية القانونية، وبالتالى يجوز لمن قام بالعمل - رغم العدول غـير القانونى - أن يطالبه بقيمة الجائزة. اما اذا انقـضت المدة المحددة دون ان يتقدم احد بـالعمل المطلوب فان الوعـد يسقط، ويضـحى الواعد غـير ملزم بوعـده. وفى هذه الحالة لا يـجوز لاحد ان يطالبـه بالجائزة حتى ولو تقدم له من يثبت انه ادى العمل المطلوب، مادما الاداء قد تم بعد انقضـاء الاجل المضروب. ومع ذلك فاذا تقدم شخص بعد انقضـاء المهلة السالفة الذكر، وكان قد ادى العـمل المعلن عنه، فانه يجوز له الرجـوع على الواهـب، ولكن في حـدود القـواعـد العـامـة فى الاثراء بلا سبب.

وقد اثار البعض تساؤلا حول الحالة العكسية التى قد يتصادف فيها ان يكون شخص قد ادى العمل المطلوب قبل الاعلان عن الوعد بجائزة، وهل يستحق هذه الجائزة أم لا؟ . ولم يعرض نص المادة ١٦٢ مدنى لهذا الفرض. ومع ذلك فان نص الفقرة الاولى من المادة المذكورة، والتى تعطى احقية فى الجائزة لمن قام بالعمل حتى لو قام بالعمل دون نظر الى الجائزة او دون علم بها، يرجح الرأى القائل باحقيه من قام بالعمل قبل الاعلان عن الجائزة مادام الواعد فى اعلانه، لم يقصر الجائزة على من ينجز العمل مستقبلا، صراحة او ضمنا». وبالتالى تفسر ارادته على انه قصد ان يغطى الوعد «المستقبل والماضى على سواء»[1].

- ويلاحظ اخيرا انه اذا اوفى الواعد بالتزامه بالجائزة لمن قام بالعمل المطلوب، فان علاقته بالعمل، من الناحية المالية، تنتهى عندحد الوفاء بالجائزة، **ولا شأن له، بعد ذلك؛ بثمرة العمل المطلوب**، اذ يظل هذا العمل ملكا لصاحبه، أو مخترعه، وله وحده حق الانتفاع به واستغلاله على النحو الذى يراه محققا لمصالحه.

ثانيا : حكم الوعد بجائزة فى حالة عدم تحديد مدة :

عرضت لهذه الغرض الفقرة الثانية من المادة ١٦٢مدنى. وقد نصت على انه اذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع فى وعده باعلان الجمهور، على الا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد».

ويلاحظ ابتداء، انه فى فرض عدم تعيين اجل للقيام بالعمل، فان الواعد يلتزم بالبقاء على وعده لاجل معقول، بمعنى ان يصبح ملتزماً بالجائزة لمن قام

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٣٥٧، ومصطفى عدوى، السابق، ص٤٤٣.

بالعمل خلال هذا الاجل. والاجل المعقول هو المدة اللازمة والكافية لانجاز العمل، وهو ما يتوقف على طبيعة هذا العمل ومدي ما يستغرقه عادة من زمن لاتمامه. ويقدر القاضى عند المنازعة قدر المدة المعقولة المشار اليها. واذا انقضت المدة المعقولة دون ان يتقدم أحد بالعمل المطلوب، انقضي الوعد وانقضي معه التزام الواعد، غير ان المشرع لم يشأ أن يترك المدة غير المحددة الى اجل غير محدد، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى، سالفة الذكر، على احقية الواعد ان يضع حدا لهذه الحالة باعلان رجوعه عن وعده، قبل ان يتقدم له من ينجز العمل المطلوب. ولكن هذا الرجوع يجب أن يكون، وفقا للمادة سالفة الذكر، بإعلان موجه الى الجمهور يفصح فيه عن عدوله عن سابق ما وعد به. ويكون الاعلان بذات وسيله الاعلان الاول، أو بأية وسيلة علنية تؤدي غرض اعلان الجمهور بالعدول عن الوعد.

فإذا رجع الواعد عن وعده، على نحو ما سلف ذكره، تحلل من التزامه ، ولا يجوز لاحد ان يطالبه بالجائزة عن عمل اتمه بعد العدول. ومع ذلك فاذا تصادف ان شخصا كان قد بدأ بالعمل المطلوب، ولكنه لم ينجزه قبل العدول، جاز له ان يطالب الواعد بتعويض عما تكبده من مصروفات وما بذله من جهد، في حدود ما لا يتجاوز قيمة الجائزة، ولكن بشرط ان يثبت انه كان فى طريقه الى اتمام العمل في اجل معقول، لم يسعفه معه عدول الواعد، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى اشاره الى هذا الحكم..."اذا كان قد بدأ فى تنفيذ هذا العمل، دون ان يبلغ مرحلة الاتمام، التزم الواعد ان يرد الي من بدأ في هذا التنفيذ ما انفقه على الا يتجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها، ولا يعتبر الوعد الذى عدل عنه اساسا لهذا الالتزام، بل هو يُرَدُّ فى اساسه

الى أحكام المسئولية التقصيرية..»[١].

ثالثا- تقادم التزام الواعد :

يخضع تقادم التزام الواعد لقاعدتين احداهما عامة والثانية خاصة.

أما القاعدة العامة فهى تلك المتعلقة بالتقادم الطويل ومدته خمسة عشر عاما من تاريخ انجاز العمل المطلوب. وهو ما يطبق فى حالة تحديد اجل لانجاز العمل وتمام هذا العمل خلال هذا الاجل. وكذلك الحال فى حالة عدم تحديد اجل، ولم يحدث عدول، وتم انجاز العمل ايضا.

أما التقادم الوارد بقاعدة خاصة فهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى سالفة الذكر، وهو تقادم يتعلق بحالة العدول عن الوعد غير المحدد المدة، وكان هناك من اتم العمل قبل العدول. فى هذه الحالة الخاصة تسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال سته اشهر من تاريخ اعلان العدول للجمهور.

ويلاحظ ان هذه المدة القصيرة تتعلق فقط بتقادم حقوق من انجز العمل قبل الرجوع فى الوعد. اما فرص من بدأ العمل ولم يكن قد اتمه، فقد اشرنا الى حقه فى الحصول علي تعويض، وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية، بما لا يجاوز قدر الجائزة، وهذا التعويض الاخير - عن الفعل الضار- يخضع للتقادم الثلاثى، وفقا للمادة ١٧٢ مدنى، على الا تجاوز المدة خمسة عشر عاما، فى جميع الاحوال، من وقت الرجوع.

---

(١) راجع : المذكرة الايضاحية، جزء ٢، ص ٣٤٠، راجع : تعقيب، عبد الفتاح عبد الباقى، الذى يرد التزام الواعد فى هذه الحالة الى الوعد ذاته اعتبارا بان العدول عن الوعد لا يكون له اثر الا بالنسبة للمستقبل: السابق، ص ٦٩٠ هامش ١.

فهرس الكتاب

تقسيم:

تم بحمد الله وتوفيقه..

د..حمدى عبد الرحمن

رقم الإيداع ٢١٤٨/٩٩
الترقيم الدولى .I.S.B.N
977 - 04 - 2544 - 4